

Masteroppgave i Rettsvitenskap - Jus 399

Vår 2012

Tre Brøde Som Ikke Er Brødre
- *Høyesteretts tolkning av politiets orienteringsplikt etter
strpl. § 122, jf. § 235 overfor siktede vitner.*

Kand.nr. 181 527

Antall ord: 13 579

Veileder: Nils Dalseide

1. Innledning.....	4
1.1 Høyesteretts kuvending.....	4
1.2 Avgrensning av oppgaven.....	5
1.3 Historikk og bakgrunn - § 122	7
1.4 Rettspolitiske hensyn og verdier	8
1.5 Når nærstående også er siktet	10
1.6 Avhandlingens metodikk.....	11
 2. Innholdet i straffeprosesslovens § 122.....	12
2.1 Ordlyd	12
2.2 Forarbeidene - § 122	12
2.3 Politiets orienteringsplikt etter strpl. § 235	13
2.4 Terskelen for bevisforbud i norsk rett	14
 3. Sentral rettspraksis før 2010	17
3.1 Tre Brødre.....	21
3.2 Riksadvokatens retningslinjer	22
3.3 Tre Brødre Som Ikke Er Brødre.....	23
3.4 Riksadvokatens "Nye og presiserte direktiver"	24
 4. Analyse.....	25
4.1 Avklaring av rettstilstanden etter Rt-2010-456.....	25
4.1.1 Rt-2010-456 og Riksadvokaten	25
4.2 Konsekvenser av den nye rettstilstanden.....	27
4.2.1 Grensen for bevisforbud er flyttet.....	27
4.2.2 Forholdet mellom §§ 122 og 232	28
4.2.3 Hensynet til sakens opplysning	30
4.2.4 Hvorfor skal en siktet ha færre rettigheter enn et vitne?	32
4.3 Forholdet til lovgiverviljen	35
4.3.1 Høyesteretts vurdering av ordlyd og forarbeider i Rt-2010-456	35
 5.1 Forholdet mellom nåværende rettstilstand og Norges forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon	36

5.1.1 Norges forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 6	36
5.2.2 Er opplesning på bakgrunn av manglende orientering om § 122 en krenkelse av retten til privatliv etter EMK art.8?	38
5.1.3 Er den nåværende rettstilstand et inngrep som krenker Norges forpliktelser etter EMK?	40
 6.1 Avsluttende bemerkninger.....	43
6.1.1 Prosessikkerhet og rettssikkerhet – straffeprosessrettens fundament	43

1. Innledning

1.1 Høyesteretts kuvending

I 2010 avsa Høyesterett to avgjørelser i tilknytning til straffeprosesslovens § 122 og fritak for vitneplikt overfor nærstående, inntatt i Rt-2010-67 og Rt-2010-456. Dommene omhandlet samme sak - tre brødre som alle var siktet for korrupsjon mot Bærum kommune.¹

Problemstillingen i begge avgjørelsene er hvorvidt det var en saksbehandlingsfeil å lese opp forklaringen til den ene av brødrene når han ikke var orientert om sin nektelsesrett etter § 122.

Det gjeldende prejudikat på området før siste dom i Rt-2010-456, var Rt-2008-657 som gav siktede samme rettigheter som vitner med hensyn til orientering etter § 122, jf. § 235. Ved manglende orientering om § 122 var det grunnlag for bevisforbud ved begjæring om opplesning av forklaring i retten. Dette standpunktet ble opprettholdt av ankeutvalget i Rt-2010-67, men ved en ny prøving i Rt-2010-456, etter anke vedrørende oppheving av tingrettens dom, foretok Høyesterett en kuvending; ”Jeg er enig i at Rt-2008-657 innebærer en endring i rettstilstanden. Etter mitt skjønn bør imidlertid dommen i Rt-2008-657 fravikes”.²

”Snuoperasjonen” som i realiteten fratar siktede sin nektelsesrett etter § 122 skjedde i løpet av noen måneder, og gjaldt i det vesentlige samme faktum. I kjølvannet av den siste avgjørelsen fulgte et ”presiserende rundskriv”³ fra Riksadvokaten, som bare noen måneder tidligere hadde utformet et rundskriv basert på den tidligere rettstilstand. Riksadvokaten stod fast på at dommen i Rt-2010-456 ikke berører politiets orienteringsplikt etter § 235, kun spørsmålet om bevisforbud.

Riksadvokatens uttalelser i rundskrivet bærer likevel preg av at Høyesteretts nye standpunkt er kontroversielt, og at det går utover de rammer som er satt av lovgiver i strpl. §§ 122 og 235. Det kan synes som å være et forsøk på å ”tippe kua”. Andre mener at terskelen for

¹ Frode Sulland, *Ytring. Høyesterett på villspor*. Tidsskrift for Strafferett 2010.

² Rt-2010-456, avsnitt 30.

³ Riksadvokaten, *Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserende direktiver*. Oslo 02.07.10.

bevisforbud bør være høyere enn praksis tidligere har vært, og ønsker forandringene velkommen.⁴

Kontroversen som fulgte etter Høyesteretts ”kuvending” gjør tematikken i § 122 aktuell, og reiser mange problemstillinger om rettstilstanden som nå råder. Denne avhandlingen skal gi en sammenfatning av kritikken mot dommene, holdt opp mot Høyesteretts egen argumentasjon. Endelig skal Høyesteretts standpunkt vurderes etter Norges folkerettslige forpliktelser.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Avhandlingens hovedfokus med hensyn til straffeprosessloven § 122, er de situasjoner hvor det aktuelle vitnet også er siktet i samme sak som den nærstående. Den overordnede problemstillingen er om dagens rettstilstand er hensiktsmessig, om den sikrer en effektiv regel og ivaretar hensynene bak fritak for vitneplikt overfor nærstående etter § 122.

Den senere rettspraksis⁵ på området gir uklare signaler med hensyn til hvordan siktedes rettigheter etter § 122 skal ivaretas. Det er særlig politiets orienteringsplikt etter § 235 som er omdiskutert. Siktete står i en særstilling sammenlignet med vitner fordi han også skal underrettes om vernet mot selvinkriminering etter strpl. § 232.

Forholdet til lovgiverviljen vil være en sentral del av vurderingen om hvorvidt Høyesteretts nye standpunkt er en fornuftig utvikling av rettstilstanden. Lovgiver har funnet at vitners forhold til nærstående som er siktet i straffesaker skal beskyttes, og orienteringsplikten effektiviserer regelen i § 122. Når Høyesterett reduserer siktedes rettigheter står det i motsetning til lovteksten.

Hva gjelder bevisforbud, har tidligere rettspraksis lagt til grunn at det er en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning av forklaring gitt uten orientering om § 122.⁶ Derimot har Høyesterett i Rt-2010-456 lagt til grunn at manglende orientering om § 122 ikke medfører

⁴ Ørnulf Øyen, *Bevisforbud der politiet eller retten ikke har overholdt plikten til å orientere om straffeprosessloven § 122 – en kommentar til nyere praksis fra Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg*. Gyldendal Akademisk 2010.

⁵ Se blant annet Rt-2004-1789, Rt-2008-657, Rt-2010-67, Rt-2010-456.

⁶ Se Rt-2008-657, Rt-2010-67.

bevisforbud i retten. Konsekvensene for bevisforbud på området skal gjennomgås under punkt 4.2.1.

Høyesterett mener at tidligere avgjørelser bidrar til å begrunne en innskrenket orienteringsplikt, og fremhever hensynet til sakens opplysning: En absolutt orienteringsplikt i relasjon til § 122 ”vil skape et unødige hinder for opplysningen av straffesaker”.⁷ Denne uttalelsen understreker Høyesteretts tilbakeholdenhet med å avsi dommer som kan tas til inntekt for bevisforbud. Dette reiser flere spørsmål i tilknytning til hvor terskelen for bevisforbud skal gå etter § 122; vil Høyesteretts nye standpunkt ivareta de hensyn som § 122 søker å beskytte, og vil regelen i det hele tatt være effektiv?

I teori og praksis er det enighet om at et omfattende bevisforbud er hemmende hva gjelder bevisføring, men at § 122 - tilfeller med hensyn til opplesning av avhør i retten må vurderes konkret i hver sak. Dette har de beste grunner for seg, men i Rt-2010-456 gir Høyesterett et signal om at sviktende orientering fra politiet på generelt grunnlag ikke skal medføre bevisforbud. Politiet kan derfor bevisst motta forklaringer som blir gitt på sviktende premisser uten konsekvenser for senere bevisføring. Rettstilstanden kan svekke prosessikkerheten og få negative konsekvenser for dem som forklarer seg uten kjennskap til egne rettigheter. Dette fremheves også av Riksadvokaten i hans rundskriv⁸ etter Høyesteretts ”snuoperasjon”.

Argumentasjonen i Rt-2010-456 viser at Høyesterett mener vernet mot selvinkriminering er hovedgrunnen til at politiet ikke skal ha en orienteringsplikt etter § 122, jf. § 235 overfor siktede. Vitner skal imidlertid alltid orienteres. Denne sontringen er noe uklar når Høyesterett også begrunner sitt standpunkt med hensynet til sakens opplysning; et vitne kan til sammenligning med en siktet tilbakeholde viktig informasjon om en nærstående, slik at § 122 likevel blir et ”hinder” for sakens opplysning.

Høyesteretts standpunkt har vært gjenstand for kritikk. Riksadvokaten så det nødvendig å utforme et presiserende rundskriv etter dommen i Rt-2010-456. Innholdet i dette vil også bli vurdert i avhandlingen, idet rundskrivet illustrerer det oppsiktsvekkende ved at Høyesterett i én vending endret siktedes rettsstilling.

⁷ Rt-2010-456, avsnitt 33.

⁸ Riksadvokaten, *Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserende direktiver*. Oslo 02.07.10

1.3 Historikk og bakgrunn - § 122

I straffeprosessloven av 1887 regulerte § 176 vitneplikten overfor nærstående.⁹

Bestemmelsens utforming var i stor grad den samme som i dag, men med større reservasjoner med hensyn til hvilke familiekretser som førte til fritak fra vitneplikten.

Straffeprosesslovens § 122 slik den er utformet i dag ble inntatt i loven etter lovrevisjonen i 1981. Straffeprosesslovkomiteen tok utgangspunkt i § 207 i den daværende tvistemålsloven da de videreutviklet reglene for fritak for vitneplikt overfor nærstående.¹⁰ Forut for lovrevisjonen hadde tvistemålsloven gått lengre enn straffeprosessloven med hensyn til hvilke slektskap som var omfattet.

I forarbeidene blir det innledningsvis begrunnet at fritakelse på grunn av slektskap bør være ”vesentlig snevrere i sivile saker enn i straffesaker” og at dette bør ha konsekvenser for hvordan kretsen av familieforhold trekkes i straffeprosessloven.¹¹ Som det blir beskrevet under i punkt 2.2, ble det gjort endringer med hensyn til skilsmisse, forlovelse og svogerskap.¹²

Daværende § 176 hadde i annet ledd inntatt orienteringsplikten som i dag reguleres i § 235. Orienteringsplikten ble formulert som at ”fremkaldes nogen, der befinder sig i et af fornævnte Tilfælde, som Vidne, skal han gøres opmærksom paa, at han kan undslaa sig for at afgive Forklaring”. Ordlyden i loven av 1887 sammenfaller med ordlyden i dagens strpl. § 122, slik regelens innhold i hovedsak er det samme.

Orienteringsplikten etter § 176 ble problematisert i rettspraksis én gang før lovrevisjonen i 1981, i Rt-1954-573, se punkt 3. Opplesning av forklaring i retten ble tillatt fordi den nærstående var tilstrekkelig informert om sine rettigheter etter § 176 på et tidligere stadium av saken før hun formelt fikk status om siktet. Tidligere lovgivning har derfor liten vekt i denne avhandlingen, idet aktuell rettspraksis knytter seg til straffeprosessloven av 1981.

⁹ Lov 1887-07-01 nr 05: Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevet).

¹⁰ Strpl.kom.innst. 1969, side 203.

¹¹ ”Ibid”.

¹² Strpl.kom.innst. 1969, side 203-205.

1.4 Rettspolitiske hensyn og verdier

Det overordnede hensynet bak straffeprosessens regler er at disse skal sikre at rettergangen er betryggende. Rettergangen skal være organisert slik at den vekker tillit og respekt hos folk flest.¹³ I forlengelsen av et slikt hensyn vil det være avgjørende at rettergangen er hensynsfull både overfor partene og vitner.

Innenfor straffeprosessen, og særlig på området for bevisregler, fremtrer sannheten som den høyeste verdi; det er hensynet til sakens opplysning som skal være det bærende hensynet ved bevisføringen i straffesaker.¹⁴ Søken etter sannheten må likevel være relativ, og må i enkelte tilfeller vike for andre hensyn¹⁵ som veier tyngre.

Staten har ut ifra rettspleiens interesser pålagt borgerne vitneplikt, jf. strpl. § 108, men denne realiseres kun gjennom individuell innkalling, jf. strpl. § 110. Ingen har plikt til å melde seg uoppfordret, og vitneplikten gjelder bare i forhold til retten og ikke overfor politiet, jf. strpl. § 230 første punktum.¹⁶

Lovens system innebærer at politiet likevel ikke plikter å informere vitner om at de har rett til å nekte å forklare seg. Dette er begrunnet i at en slik regel i vesentlig grad ville vanskeliggjort politiets etterforskningsarbeid.¹⁷ Loven pålegger politiet kun å informere om vitners rettigheter i de tilfeller der vitneforbud eller vitnefritak er aktuelt, jf. blant annet §§ 120-127, 232 og 235.

Hva gjelder politiets orienteringsplikt etter § 235, fremhever forarbeidene at formålet med fritagelsesreglene i vesentlig grad ville forfeiles dersom vitnet på tidspunktet for rettsforhandlingene allerede har forklart seg for politiet uten kunnskap om sin nektelsesrett.¹⁸ Forarbeidene legger videre til grunn at det er av vesentlig interesse for vitnet å vite om det har

¹³ Johs. Andenæs, *Norsk Straffeprosess*, 4. Utgave Oslo 2010, side 1.

¹⁴ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 1. Utgave, Oslo 2009, side 25.

¹⁵ "Ibid".

¹⁶ "Ibid", side, 191.

¹⁷ Jf. blant annet Rt-2003-549.

¹⁸ Strpl. Kom.innst. 1969, side 271.

plikt til å forklare seg i retten når det skal ta standpunkt om å forklare seg overfor politiet.¹⁹ Det er dermed andre hensyn som gjør seg gjeldende for vitner som rammes av fritaksreglene ved innkallelse til avhør hos politiet enn for ordinære vitner.

Basert på hensynene bak fritaksretten i § 122, skal politiets orienteringsplikt etter § 235 påse at vitnets prosessuelle rettigheter blir ivaretatt og etterfulgt av påtalemyndigheten. I rettspraksis har orienteringsplikten blitt ansett som prosessuelt viktig. I Rt-2008-657 fremhever flertallet at hensynene bak § 122 ”tilsier at man må sikre at dette elementet i vurderingen er klart for siktede i en situasjon hvor det ellers lett kan komme i bakgrunnen – ubevisst eller som følge av sviktende innsikt i prosessreglene”.²⁰ Høyesterett tolker orienteringsplikten slik at den skal gi samtlige vitner samme mulighet til å påberope seg fritaksretten. Den skal ikke være forbeholdt dem med innsikt eller kunnskap i prosessregler.

I teorien har blant annet Jon Skeie fremhevet at hensynene bak å gi en regel som § 122 er å spare et vitne for ”en varig lidelse for D at han ved sin forklaring har ødelagt en slektning liv”.²¹ Skeie støtter et forbud for opplesning i retten når vitnet ikke har blitt informert om sin nektelsesrett. Han grunngir dette med de negative konsekvensene det kan ha for vitnet å lese forklaringen opp i retten.²²

Andenæs deler Skeies oppfatning om terskelen for bevisforbud når spørsmålet om opplesning skal avgjøres. Han legger avgjørende vekt på at forklaringer gitt uten kunnskap om nektelsesretten kan være svært ødeleggende for familielivet hvis den bidrar til domfellelse.

Matningsdal har en delt oppfatning om problemstillingen. I likhet med resultatet i Rt-2004-1789 mener han at opplesning bør være tillatt i situasjoner hvor den siktede nærstående forklarer seg utelukkende om egne forhold, uten orientering om § 122.²³ Forklaringer som er gitt uten kunnskap om at en nærstående er siktet og gjelder dennes forhold, skal etter Matningsdals oppfatning ikke føres som bevis.²⁴

¹⁹ ”Ibid”.

²⁰ Rt-2008-657, avsnitt 38.

²¹ Jon Skeie, *Den Norske Straffeprosess*, Oslo 1939, side 196.

²² ”Ibid”.

²³ Matningsdal, Magnus. *Siktedes rett til å eksaminere vitner*. Fagbokforlaget, Bergen 2007, s. 32.

²⁴ ”Ibid”.

Salomonsen er imidlertid kritisk til å nekte opplesning når orientering om § 122 mangler. Det avgjørende må være at vitnet ikke blir satt på en samvittighetsprøve med hensyn til å forklare seg om pårørendes forhold. Han ser dermed ingen grunn til å nekte opplesning av en forklaring som allerede er gitt, med den begrunnelse at samvittighetsprøven ikke lenger foreligger. Vitne har forklart seg, og hensynene bak § 122 gjør seg ikke lenger gjeldende.²⁵

Dette er et snevert og lite velbegrunnet synspunkt idet skadevirkningene av en avgitt forklaring først oppstår når den føres som bevis for retten. Det er ikke samvittighetskonflikten som er det avgjørende hensyn bak regelen, men å hindre at opplysninger som kan bidra til domfellelse blir gitt av en nærstående. Dette er også fremhevet i forarbeidene, og markerte rettstilstanden på området fra Rt-2008-657 frem til Rt-2010-67. Rettsutviklingen på området skal gjennomgås i punkt 3.

1.5 Når nærstående også er siktet

Straffeprosessloven § 122 vil etter sin ordlyd omfatte siktedes "nærstående". Hvilke nærstående som er omfattet av vilkåret er nærmere angitt i lovteksten. Loven er imidlertid taus med hensyn til situasjoner der siktede *også* er nærstående overfor en siktet i samme sak.

Etter strpl. § 82 første ledd får en mistenkt "stilling som siktet når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten eller det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot ham". I en slik situasjon vil den siktede også være et vitne overfor de andre nærstående, og det er slike tilfeller denne avhandlingen omfatter og skal analysere.

Selv om lovens ordlyd er nokså klar i forhold til politiets orienteringsplikt har denne problemstillingen vært oppe for Høyesterett flere ganger. Bakgrunnen for flertallet av avgjørelsene er at forsvaret har anført at det er en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning av forklaringer gitt av siktede om nærstående uten orientering om § 122.

²⁵ Olaf Salomonsen, *Den Norske Straffeproseslov med kommentar*, 2. Utg. Oslo 1925, side 408. Sitert i Johs. Andenæs, *Norsk Straffeprosess*, 4 utgave. Oslo 2010.

I situasjoner hvor det er flere siktede som også er nærstående, må disse etter lovens ordlyd informeres om to grunnlag som gir dem rett til å nekte å forklare seg overfor politiet. For det første må den mistenkte før avhør informeres om at ”han ikke har plikt til å forklare seg”, jf. strpl. § 232 første ledd. Dette verner ham mot selvinkriminering og politiets orienteringsplikt er absolutt etter sikker rett og ordlyden ”skal”. For det andre er utgangspunktet i tilfeller som beskrevet at siktede etter loven må informeres om sine rettigheter etter § 122 i kraft av å være nærstående til øvrige siktede.

Dagens rettstilstand gir ikke siktede en absolutt rett til orientering om § 122 for tilfeller hvor nærstående også er i siktet i samme sak som ham selv. Denne avhandlingen skal avklare bakgrunnen for Høyesteretts standpunkt på området.

1.6 Avhandlingens metodikk

Avhandlingens metodikk vil hovedsakelig være rettsdogmatisk ved at gjeldende rett på området for siktedes rettigheter etter strpl. § 122 skal avklares.

Autorative rettskilder, især rettspraksis fra Høyesterett, danner grunnlaget for vurderingen av gjeldende rett. Rettspraksis er som rettskilde av helt sentral betydning fordi lovteksten ikke gir svar på hvordan siktedes rettsstilling er med hensyn til politiets orienteringsplikt. Spørsmålet har vært avgjort i rettspraksis på grunnlag av samme premisser, men med svært ulike tolkningsresultater.

Lovregelens forarbeider blir følgelig også en viktig rettskilde for å utlede hensynene bak § 122 fordi Høyesterett tolker bestemmelsen innskrenkende for siktedes rettsstilling.

Lovgiverviljen og begrunnelsen for å ha en regel som i § 122 blir et tungtveiende moment i vurderingen av innholdet i Høyesteretts argumentasjon. Forarbeidene vil også danne en del av grunnlaget for vurderingen av hvilke konsekvenser resultatet i Rt-2010-456 medfører.

Avslutningsvis vil rettstilstanden vurderes i forhold til Norges folkerettslige forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Gjennom inkorporering av EMK i norsk rett, samt EMKs forrang fremfor norske rettsregler ved motstrid, er konvensjonen en

sentral rettskilde for vurderingen av norsk rett. Videre gjennomgang av EMKs status i norsk rett gjøres under punkt 4.4.

2. Innholdet i straffeprosessloven § 122

2.1 Ordlyd

Straffeprosessloven § 122 gir siktedes nærstående rett til å nekte å avgi forklaring. Ordlyden ”fritatt” markerer at det nærstående vitnet selv kan velge om det vil bruke sin rett. Retten til fritakelse betyr også at et vitne kan forklare seg om deler av saken, og forholde seg taus om andre. Dette er i motsetning til tilfeller hvor det eksisterer et vitneforbud, jf. §§ 118-119.

Ordlyden i § 122 beskytter først og fremst *vitnets interesser*, og opplesning av vitnets forklaring er tillatt i enkelte tilfeller som ikke berører vitnets nærstående. Forklaringer kan brukes i saker mot andre enn vitnets nærstående, også i situasjoner med manglende orientering fra politiet.²⁶ Forklaring avgitt uten orientering kan også leses opp dersom vitnet dør, eller hvis vitnet har blitt truet til å ikke forklare seg for retten.²⁷ Det samme hvis det aktuelle vitnet dør før hovedforhandling. I slike situasjoner gjør ikke hensynene bak regelen seg gjeldende fordi forklaringen ikke vil medføre familiære eller personlige skadevirkninger for vitnet som har avgitt den.

Strpl. § 122 første ledd angir at det kun er ”siktedes” nærstående som er fritatt for vitneplikt. Ordlyden sier ingenting om situasjoner hvor den siktede *også* vitner mot nærstående som er siktet i samme sak. Lovteksten gir dermed ingen klare svar på problemstillingen, og har derfor vært gjenstand for ulik tolkning av Høyesterett.

2.2 Forarbeidene - § 122

²⁶ Se Rt-1987-859 og Rt-1992-1500 og Riksadvokaten, *Politiforklaringer fra siktedes nærstående mv. – krav til informasjon om fritaksregler – bevisforbud*. Oslo 2010, punkt 2.

²⁷ Rt-1994-469, side 470.

Straffeprosesslovkomiteen fremhever i forarbeidene til strpl. § 122 at regelen har som mål å ”beskytte siktedes pårørende mot å komme i den situasjon at de har valget mellom å lyve i retten eller å bidra til at siktede blir straffet”.²⁸

Gjennom endringene i straffeprosessloven i 1981 ble § 122 utvidet til å gjelde flere familieforhold enn tidligere. Blant annet ble nektelsesretten utvidet til å gjelde fraskilte; tidligere hadde nektelsesretten bare omfattet begivenheter forut for skilsmissen. Etter denne utvidelsen ble det også lagt til grunn ”en utvikling av adopsjonsinstituttet” ved at det nye utkastet setter ”adoptivbarnet i samme stilling som om det hadde vært adoptantens eget barn”, uten å sondre rundt når adopsjonsbevilling var gitt.²⁹ Tidspunktet for adopsjonen hadde tidligere vært avgjørende for når et vitne var å anse som en nærstående i lovens forstand.

Også svogerskap ble gitt utvidet beskyttelse. Straffeprosesslovkomiteen vurderte om ”ikke den svekkelse av familiebandene som er et trekk ved nåtidens samfunn, burde ført til en begrensning av kretsen av dem som kan nekte å gi forklaring”.³⁰ Hensynet til å beskytte familiære bånd, uavhengig av formelle forhold, veide likevel så tungt at mer ”løse” familiesammensetninger også omfattes av § 122 i dag.

Straffeprosesslovkomiteen går langt i å sikre nærstående sin nektelsesrett etter § 122. Dette må tas til inntekt for at komiteen vurderer hensynene bak regelen som så viktige at det er rimelig at de fleste familieforhold må omfattes. Komiteen tar konsekvensene av at det kan være ødeleggende å forklare seg om en nærstående, selv om slektskapet er mer perifert.

I forlengelsen av dette vises det til punkt. 1.4 og det som utledes av forarbeidene i tilknytning til rettspolitiske hensyn og verdier.

2.3 Politiets orienteringsplikt etter strpl. § 235

I denne avhandlingen er det i første rekke politiets orienteringsplikt som er sentral. Det er på etterforskningsstadiet plikten aktualiseres, og den har konsekvenser for spørsmålet om bevisforbud i retten. Etter tidligere rettspraksis kan mangelfull orientering medføre

²⁸ NUT-1969-3. *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen*, side 204.

²⁹ ”Ibid”.

³⁰ ”Ibid”.

bevisforbud hvis siktede nekter å forklare seg i retten, og politiforklaringen begjæres opplest.³¹

Etter strpl. § 235 foreligger det et skille med hensyn til politiets orienteringsplikt. Det er en absolutt orienteringsplikt dersom fritaket skjer med hjemmel i § 122 første eller annet ledd, noe som fremgår av ordlyden ”skal”, jf. § 235 første ledd. For vitner som kan påberope seg fritaksrett etter § 122 tredje ledd angir ordlyden ”bør” et mindre strengt krav om orientering.

Denne sontringen bør imidlertid ikke tolkes direkte etter lovens ordlyd. I et rundskriv fra 22.februar 2010 fremhever Riksadvokaten at ”det etter omstendighetene kan foreligge en informasjonsplikt til tross for at § 235 annet ledd bruker uttrykket ”bør”.³² Det skal dermed ikke sondres kategorisk mellom § 122 første og annet ledd hva gjelder orienteringsplikten.

Basert på rettspraksis før Rt-2010-456 var politiets orienteringsplikt etter § 122, jf. 235 absolutt. Dette ble lagt til grunn i både Rt-2008-657 og Rt-2010-67. Høyesterett fant at politiets orienteringsplikt dannet grunnlaget for å opplyse om vitnets eller siktedes prosessuelle rettigheter i en avhørssituasjon. Begrunnelsen var blant annet at ”hensynene bak § 122 tilsier at man må sikre at dette elementet i vurderingen er klart for siktede i en situasjon hvor det ellers lett kan komme i bakgrunnen”.³³ Manglende orientering måtte ha bevisforbud som konsekvens.

Dommen i Rt-2010-456 medfører imidlertid at manglende orientering om § 122 fra politiet ikke er et grunnlag for bevisforbud hvis siktede nekter å forklare seg, og opplesning blir begjært i retten. Unntaket viser at kravet til politiets orienteringsplikt ikke er tolket som absolutt i saker hvor det er flere siktede som er nærstående og avgir forklaring om hverandre.

2.4 Terskelen for bevisforbud i norsk rett

Politiets orienteringsplikt etter § 122 jf. § 235 aktualiserer spørsmålet om bevisforbud når forklaring avgis til politiet på grunnlag av manglende orientering, og vitnet deretter nekter å

³¹ Se Rt-2008-657 og Rt-2010-456.

³² Riksadvokaten, *Politiforklaringer fra siktedes nærstående mv. – krav til informasjon om fritaksregler – bevisforbud*, Forfatter; Tor-Aksel Busch, Knut H. Kallerud, punkt 3.

³³ Rt-2008-657, avsnitt 38.

forklare seg i retten. Dette medfører at retten må ta stilling til om forklaringen kan leses opp selv om orienteringsplikten etter § 235 ikke er etterlevd.

Straffeprosessloven regulerer ikke bruk av bevis som er ulovlig innhentet eller som lider av prosessmangler. Hovedprinsippet er fri bevisførsel.³⁴ Begrensninger i den frie bevisføringsadgang krever et påviselig rettslig grunnlag, enten lovfestet eller ulovfestet.³⁵ Rettsutviklingen for slike tilfeller er overlatt til teori og rettspraksis idet det ikke ble funnet hensiktsmessig å lovregulere området ved utformingen av straffeprosessloven.³⁶ I det følgende skal hovedprinsippene i en slik vurdering gjøres rede for, samt terskelen for bevisforbud i Norge.

I Rt-1999-1269 gir Høyesterett generelle retningslinjer for hvilke kriterier som bør være oppfylt for at ulovlig ervervede bevis kan føres for retten. Det sentrale er ”om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset”.³⁷ Innebærer bevisførselen en fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved beviservervet bør det føre til bevisforbud.

For tilfeller hvor det ikke har skjedd et alvorlig rettsbrudd ved ervervelsen av beviset må det foretas en interesseavveining av forholdene rundt beviservervelsen. Avveiningen skal vektlegge ”grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet til å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset”.³⁸

Det tyngste argumentet mot bevisforbud i saker hvor beviservervelsen er ulovlig, er hensynet til sakens opplysning. Domstolene har det overordnede ansvaret for å ivareta dette hensynet, jf. strpl. § 294. Likevel må hensynet til sakens opplysning være av relativ vekt, og en hensynsfull behandling av mennesker involvert i opplysningen av straffesaker, enten som siktet eller vitne, må sette klare grenser.³⁹

³⁴ Ørnulf Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett 2010, side 423-438.

³⁵ Runar Torgersen, *Beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009, side 22.

³⁶ Ot.prp.nr.35 (1978-79), side 139.

³⁷ Rt-1999-1269, side 1272.

³⁸ ”Ibid”.

³⁹ Ørnulf Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett 2010, side 426.

Norske domstoler har vært tilbakeholdne med å innskrenke prinsippet om fri bevisførsel.⁴⁰

Beviservervelse skjedd på kritikkverdig grunnlag har ikke hindret bevisførsel, men den senere utvikling har senket terskelen for bevisforbud noe.⁴¹ Høyesterett har fra 1990-tallet inntatt en mer kritisk holdning til ulovlig ervervet bevismateriale. Det sentrale punkt i vurderingen er i dag den anvendelsessituasjonen som foreligger når beviset begjæres ført, og ikke hva som skjedde på ervervelsestidspunktet.⁴²

Beskyttelse av rettigheter kan være en begrunnelse for bevisforbud. Høyesterett uttalte i Rt-1996-1114 at bevisforbud helt unntaksvis også kan skje dersom lovlig innhentet bevis krenker ”tungtveiende generelle rettssikkerhets- og personvern hensyn”. Bevisføring i straffesaker kan eksponere involverte parters privatliv og innebære en krenkelse av beskyttelsesverdige personverninteresser.⁴³ Som utgangspunkt må slike interesser vike for samfunnets straffeforfølgningsinteresse når beviset er innhentet på lovlig måte, men det kan tenkes unntak som er så krenkende at retten må stanse bevisføringen.⁴⁴

Hva gjelder opplesning av forklaringer hvor den mistenkte eller siktede ikke er orientert av politiet om § 122, har ikke praksis vært entydig. Det uttales i Rt-2008-657 at det ikke foreligger ”klare holdepunkter i rettspraksis eller teori for hvilken adgang man har til å lese opp politiforklaringer i et tilfelle som vårt”.⁴⁵ Resultatet i denne saken var bevisforbud for opplesning dersom orientering om § 122, jf. § 235 ikke hadde funnet sted, se nedenfor punkt 3.

Den praksis som foreligger på området forut for 2008-dommen går langt i å tillate opplesning av forklaringer som er gitt uten orientering om vitnefritaksretten. Innenfor teorien har man vært delt i synet på hvor grensen skal gå før manglende orientering etter § 235 resulterer i bevisforbud, for dette se punkt 1.4. I Rt-2010-456 flytter Høyesterett grensen for bevisforbud ved manglende orientering om § 122. Dette skal utredes under i punkt 4.2.1.

⁴⁰ Jørgen Aall, *Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis*, Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv 2002, side 957-966 og side 960.

⁴¹ ”Ibid”, side 962.

⁴² ”Ibid”, side 965-966.

⁴³ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009, side 31.

⁴⁴ ”Ibid”.

⁴⁵ Rt-2008-657, avsnitt 33.

3. Sentral rettspraksis før 2010

De første avgjørelsene om § 122, politiets orienteringsplikt og adgangen til å lese opp politiforklaringer i retten omhandlet *vitners* rettigheter, men ikke siktedes rettigheter.

Rettspraksis på området for politiets orienteringsplikt overfor vitner gjennomgås likevel i avhandlingen, idet Høyesterett henviser til disse i dommene som omhandler *siktedes* stilling etter § 122, jf. § 235. Dette gjøres for å gi et helhetlig grunnlag for analysen av Høyesteretts standpunkt i den siste dommen på området.

Etter dommen i Rt-2010-456 har siktedes rettigheter etter § 122, jf. § 235 blitt innskrenket. I det følgende vil det redegjøres for tidligere rettspraksis på området, samt rundskriv fra Riksadvokaten før den endelige dom i Rt-2010-456 analyseres.

I Rt-1954-573 ble spørsmålet om orientering om § 122 behandlet for første gang. Sakens faktum omhandlet et ektepar som begge var siktet i samme sak. Hustruen var informert om at hun ikke hadde plikt til å forklare seg om egne eller ektemannens forhold, men valgte likevel å forklare seg for politiet.⁴⁶ Hun nektet å vitne i retten, og bestred at det var adgang til opplesning av hennes tidligere forklaringer.

Flertallet fant at selv om det ikke eksisterte lovregler for tilfeller hvor ektefeller er siktet i samme sak, var det naturlig at den ektefelle som forklarte seg ble gjort oppmerksom på vitnefritaksretten. Dette ble begrunnet i hensynet til begge ektefeller, og faren for tap av sosialt omdømme.⁴⁷

Opplesning var i denne saken var likevel ubetenkelig fordi hustruen var tilstrekkelig orientert og selv valgte å forklare seg på tross av fritaksretten. Flertallet vektla også at vitner ikke skal ha retten til å senere slå en strek over lovlig innhentet bevismateriale ved å nekte opplesning i retten. Endelig uttaler flertallet at opplesning av hustruens forklaring ”utvilsomt [vil] bidra til sakens rette opplysning”.⁴⁸

⁴⁶ Rt-1954-573, side 573.

⁴⁷ ”Ibid”.

⁴⁸ ”Ibid”, side 574.

Dommen i Rt-1987-1318 var den første på området etter den någjeldende straffeloven trådte i kraft, og Høyesterett konkluderte at praksis etter straffeprosessloven av 1887 fremdeles var aktuell. Høyesterett fant i likhet med flertallet i Rt-1954-573 at opplesning er ubetenkelig når vitnet er gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg om nærstående før avhørets gjennomføres.⁴⁹ Standpunktet om at opplesning betinges av at vitnet er informert om retten til å nekte å forklare seg etter § 122, ble også opprettholdt i Rt-1988-663.

I Rt-1988-314 var imidlertid saksforholdet annerledes fra tidligere avgjørelser ved at flere siktede i samme sak også var nærstående. Flere brødre var involvert i en narkotikasak, og bror A mente det var en saksbehandlingsfeil at hans bror B ikke var informert om hans prosessuelle rett etter § 122 av lagmannen. Høyesterett uttalte at det ikke var nødvendig å gjøre bror A kjent med § 122 når han som siktet allerede var kjent med sin rett til å nekte forklaring etter § 232.⁵⁰

Det er viktig å påpeke at det i Rt-1988-314 ikke var bror B som anførte saksbehandlingsfeil på grunn av manglende orientering om § 122, men hans bror A som ble skadelidende som følge av brorens forklaring. Det var heller ikke politiets orienteringsplikt som ble problematisert, men rettens. Saksgrunnlaget skiller seg dermed vesentlig fra andre avgjørelser på området, og dette må påvirke tolkningen og anvendelsen av Høyesteretts standpunkt i saken. Strpl. § 122 eksistens er først og fremst begrunnet i at det er vitnet som skal beskyttes, og denne retten kan ikke påberopes av andre på vitnets vegne. Det fremkommer av både ordlyden og forarbeider. Dommens resultat er dermed ikke et vektig argument for at siktede ikke må orienteres om § 122 av politiet.

Rt-2004-1789, som omhandlet en amfetaminsak, var vitnet samboer med en av de tiltalte. Hun ble ikke orientert av politiet om sin rett til å nekte å forklare seg på grunnlag av § 122 fordi hun også hadde status som tiltalt i saken. I likhet med dommen fra 1988, ble det lagt avgjørende vekt på at hun fikk en generell orientering om sin rett til å nekte å forklare seg etter strpl. § 232.⁵¹ Sammenholdt med at hun visste at samboeren var siktet, ble det ikke ansett som en saksbehandlingsfeil at hennes forklaring fra tingretten ble lest opp i lagmannsretten.⁵² Høyesterett fant opplesning ubetenkelig også fordi forklaringen utelukkende gjaldt

⁴⁹ Rt-1987-1318, side 1318.

⁵⁰ Rt-1988-314, side 323.

⁵¹ Rt-2004-1789, avsnitt 27, og Rt-1988-314, side 323.

⁵² Rt-1988-314, avsnitt 28.

samboerens egne forhold, slik at forklaringen ikke hadde direkte konsekvenser for skyldspørsmålet i saken.⁵³

Et lignende forhold kom opp i Rt-2008-657 hvor samboeren til siktede i en narkotikasak hadde avgitt forklaring til politiet, men nektet å vitne i lagmannsretten. Hun hadde på et tidligere stadium i saken selv vært siktet, og hadde derfor bare blitt orientert om sin rett til å nekte i forklare seg etter § 232. Politiforklaringen hennes ble dermed opplest til tross for at hun ikke hadde blitt informert om retten til å nekte å forklare seg etter § 122.

Denne dommen tar ikke bare for seg vitners rettigheter etter § 122, men også siktedes rett til orientering. De faktiske forhold i saken var at samboeren til siktede selv ble siktet etter å ha avgitt politiforklaring som vitne. Orientering om nektelsesretten etter § 122 hadde bare blitt gitt da hun hadde status som vitne. Spørsmålet ble dermed om denne orienteringen var tilstrekkelig også etter at hun som siktet avga ytterligere forklaringer til politiet.

Dommen er avgitt under dissens, og markerer et skille i Høyesterett når det gjelder politiets orienteringsplikt etter strpl. § 235. Standpunktene som blir markert på begge sider er derfor interessante, og representerer opptakten til de to dommene som ble avsagt i 2010. Derfor gjennomgås både mindretallets og flertallets argumentasjon.

Mindretallet formulerer problemstillingen om siktede utover § 232 og retten til å nekte å forklare seg, også skal bli gjort kjent med nektelsesretten i § 122. Mindretallet understreker at orientering om § 122 kan gi den avhørte et bedre grunnlag for å vurdere om han vil forklare seg når en nærstående er siktet.⁵⁴ Det fremheves også at §§ 232 og 122 ivaretar ulike hensyn, henholdsvis vernet mot selvinkriminering og hensynet til familielivet.⁵⁵ Det blir ikke antatt at det automatisk vil være en saksbehandlingsfeil at det ikke er orientert om § 122, men at det må foretas en vurdering av forklaringens bevisverdi.

Videre trekker mindretallet frem tidligere praksis fra 1988 og 2004. Basert på disse avgjørelsene mener mindretallet at det er sentralt for vurderingsgrunnlaget om forklaringen som leses opp vil ramme den nærstående, eller om den kun omhandler vitnets eller siktedes

⁵³ "Ibid".

⁵⁴ "Ibid", avsnitt 19.

⁵⁵ Rt-2004-1789, avsnitt 20.

eget forhold. Det vektlegges også om den som har avgitt forklaringen har kunnskap om at en nærstående er siktet i saken.⁵⁶

I Rt-2008-657 ble E kun informert om § 122 da hun hadde status som vitne. Da hun ble siktet i saken ble ikke denne informasjonen gitt henne på nytt. Mindretallet fremholder at det likevel måtte antas at hun fremdeles var klar over fritaksretten da hun ble avhørt som siktet fire måneder etter.⁵⁷ Det var dermed opp til E selv å foreta en vurdering av om hun skulle ta hensyn til dette, enten gjennom å nekte å forklare seg eller å forholde seg taus om det som gjaldt samboeren i sin forklaring.⁵⁸

Mindretallet finner endelig at standpunktet fra 1988-avgjørelsen bør videreføres.

Sammenholdt med at hensynet til den nærstående var klart og nærliggende for samboeren som skulle forklare seg, var orientering om § 232 tilstrekkelig.⁵⁹ Det legges avgjørende vekt på at E var informert om § 122 som vitne, at hun visste at samboeren var siktet og at det er tilstrekkelig at en siktet er informert om § 232.

Flertallet i Rt-2008-657 konstaterer innledningsvis at ”det foreligger etter mitt syn ikke klare holdepunkter i rettspraksis eller teori for hvilken adgang man har til å lese opp politiforklaringen i et tilfelle som vårt”.⁶⁰ Uttalelsen viser at flertallet har en annen tilnærming til spørsmålet enn mindretallet som baserer sitt standpunkt på tidligere praksis.

I Rt-2004-1789 var et vurderingsmoment at forklaringen som ble lest opp ikke gjaldt den siktedes forhold. Men hensyn til dette vektlegger flertallet i Rt-2008-1789 at Es forklaring ”gjelder Cs [siktedes] forhold, ikke hennes egne”.⁶¹ Forskjellen i saksforholdene medfører at dette vurderingsmomentet ikke kan anvendes på samme måte som i 2004-dommen. I denne sammenheng uttaler flertallet også at det ”i praksis er vanskelig å tenke seg at forklaringen kunne avgrenses slik at den ikke også berørte samboerens forhold”.⁶²

⁵⁶ ”Ibid”, avsnitt 21-24.

⁵⁷ ”Ibid”, avsnitt 35.

⁵⁸ ”Ibid”, avsnitt 25.

⁵⁹ ”Ibid”, avsnitt 26.

⁶⁰ ”Ibid”, avsnitt 33.

⁶¹ Rt-2008-657, avsnitt 35.

⁶² ”Ibid”, avsnitt 37.

Videre blir synspunktet om at det er tilstrekkelig å informere siktede rettighetene etter strpl. § 232 langt på vei tilbakevist av flertallet, som fremhever at hensynene bak fritaksreglene er forskjellige. Det understrekes at ”hensynene bak § 122 tilsier man må sikre at dette elementet i vurderingen er klart for siktede i en situasjon hvor det ellers lett kan komme i bakgrunnen – ubevisst eller som følge av sviktende innsikt i prosessreglene”.⁶³

Etter denne vurderingen kommer flertallet til at det var i strid med § 122, jf. § 235 at forklaringen ble opplest, og at det derfor forelå en saksbehandlingsfeil. Avgjørelsen, som gikk på tvers av tidligere praksis på området, ble ansett for å være gjeldende rett frem til avgjørelsene i Rt-2010-67 og Rt-2010-456.

3.1 Tre Brødre

I Rt-2010-67 ble problemstillingen om opplesning av politiforklaring og manglende orientering om § 122 igjen aktuell. Tre brødre var siktet i en korrupsjonssak, og under ankebehandling i lagmannsretten anførte forsvarerne at det var en saksbehandlingsfeil at de tiltalte ikke var foreholdt sin fritaksrett etter § 122 av både politi og tingrett. Saken ble behandlet av Høyesteretts ankeutvalg og resultatet var enstemmig.

Påtalemyndigheten anførte at saken måtte avgjøres i tråd med 1988-dommen som la til grunn at orientering etter § 232 var tilstrekkelig, og at det avgjørende var at de medsiktete visste at de andre siktede var nærstående. Høyesterett avviser påtalemyndighetens påstand, og henviser til at 2008-dommen må anses som gjeldende rett på området. Høyesterett mener at selv om A var kjent med at brødrene var siktet da han forklarte seg, kan ”avgjørelsen i Rt-2008-657 ikke tillegges avgjørende vekt” med hensyn til dette vurderingsmomentet.⁶⁴

Ankeutvalget legger stor vekt på at det ikke er tilstrekkelig å informere siktede om sine rettigheter etter § 232. Særlig vektlegges uttalelsen fra Rt-2008-657,⁶⁵ der det heter at ”[d]en forklaring retten bygger på – direkte eller i form av opplesning – må være gitt med tilstrekkelig innsikt i retten til å nekte forklaring av hensyn til nærstående”.

⁶³ ”Ibid”, avsnitt 38.

⁶⁴ Rt-2010-67, avsnitt 36.

⁶⁵ Rt-2008-657, avsnitt 38.

Etter en helhetlig vurdering av bevisituasjonen som beskrevet ovenfor, ble det enstemmig vedtatt at det var avgjørende at tiltalte også var informert om § 122 - ikke bare § 232. Rettstilstanden fra Rt-2008-657 ble videreført. Manglende orientering ville medføre bevisforbud i retten.

3.2 Riksadvokatens retningslinjer

22. februar 2010 sender Riksadvokaten ut nye retningslinjer som behandler spørsmålet om siktedes rettigheter etter § 122 og politiets orienteringsplikt etter § 235.

Riksadvokaten baserte de nye retningslinjene på dommene fra Rt-2008-657 og Rt-2010-67. I sammenfatningen av sine retningslinjer fastslår Riksadvokaten at ”særlig må det påses at det både gis informasjon om fritaksretten som siktet (strpl. § 232) og retten til å ikke gi forklaringer om nærstående (strpl. § 122), dersom dette er aktuelt”.⁶⁶

Rettstilstanden var dermed slik at det krevdes en eksplisitt orientering om siktedes rettigheter etter § 122, jf. § 235. Det understrekes videre at den nye rettstilstanden medførte at manglende orientering om siktedes rettigheter etter § 122 var en saksbehandlingsfeil. Manglende orientering kunne etter dagjeldende rettspraksis medføre bevisforbud. Påtalemyndigheten ”skal av eget tiltak ta konsekvensen av rettstilstanden, og avstå fra bruk av politiforklaring for den dømmende rett”, uttalte Riksadvokaten.⁶⁷

Endelig var det ikke anledning til å reparere mangelfull orientering ved å la siktede forklare seg i retten etter å ha blitt gjort kjent med fritaksretten i § 122. Det henvises til uttalelsen i Rt-2008-657 om at ”det ikke lenger er grunnlag for å legge avgjørende vekt på om den medsiktede kjente til at den nærstående var siktet, da avhøret fant sted”.⁶⁸ Selv om siktede kjente til at en nærstående var siktet var det påkrevd fra Riksadvokaten at politiet formelt orienterte om § 122.

Disse retningslinjene ble imidlertid fraveket i Rt-2010-456, og i det følgende skal det redegjøres for Høyesteretts argumentasjon i denne avgjørelsen.

⁶⁶ Riksadvokaten, *Politiforklaringer fra siktedes nærstående mv. – krav til informasjon om fritaksregler – bevisforbud*, Forfatter; Tor-Aksel Busch, Knut H Kallerud, punkt 4.

⁶⁷ ”Ibid”, punkt 2.

⁶⁸ Rt-2008-657, avsnitt 35.

3.3 Tre Brødre Som Ikke Er Brødre

Høyesteretts ankeutvalgs beslutning i Rt-2010-67 ble ikke stående; de tiltalte anket over lagmannsrettens avgjørelse om å utsette saken til behandling med nye dommere og ny lagrette. De tiltalte anførte at dommen fra tingretten burde oppheves, og spørsmålet om det forelå en saksbehandlingsfeil som følge av manglende orientering etter § 122, jf. § 235 måtte vurderes på nytt.

Høyesterett legger til grunn at Rt-2008-657 endret rettsstilstanden, men uttaler deretter at ”etter mitt skjønn bør imidlertid dommen i Rt-2008-657 fravikes”.⁶⁹ I likhet med Rt-2008-657 fremhever førstvoterende at hensynet bak § 232 er at tiltalte skal ”spares for samvittighetskonflikten mellom å lyve og å bidra til egen domfellelse, mens ”fritaket fra vitneplikten i straffeprosessloven § 122 skal (...) på samme måte spare vitnet for samvittighetskonflikten mellom å lyve (...) og å bidra til domfellelse eller tap av borgerlig aktelse for en av sine nærmeste”.⁷⁰

Til tross for at flertallet fremhever Skeies synspunkter om at vitneplikt overfor en nærstående kan føre til varig lidelse fordi forklaringen kan ødelegge en slektnings liv, blir ikke dette hensynet tillagt noen vekt.⁷¹ Flertallet konkluderer med at det ikke ”er tale om noen vesensforskjell” mellom hensynene bak §§ 232 og 122.⁷²

Standpunktet om at det ikke er noen vesensforskjell mellom §§ 122 og 232 er tungtveiende i førstvoterendes argumentasjon. Han mener at Skeies kommentar omfatter de tilfeller hvor et vitne forklarer seg uvitende om en eksisterende vegringsrett, mens faktum i dommen er ”en siktet som er gjort kjent med sin generelle rett til å nekte å forklare seg” og at han ”vil ikke være omfattet av denne situasjonen”.⁷³ Endelig uttaler førstvoterende at ”mitt syn er altså at hensynene bak reglene om fritak fra vitneplikt om nærstående, jf. § 122 og 123, er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får om at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg”.⁷⁴

⁶⁹ Rt-2010-456, avsnitt 29.

⁷⁰ ”Ibid”, avsnitt 31.

⁷¹ ”Ibid”.

⁷² ”Ibid”.

⁷³ ”Ibid”, avsnitt 31.

⁷⁴ ”Ibid”, avsnitt 33.

Andre momenter i Høyesteretts argumentasjon er at det kan etterlate et annet inntrykk overfor retten hvis siktede nekter å forklare seg etter § 232, uten kunnskap om § 122. Dette ble vektlagt i Rt-2008-657, men blir avvist av førstvoterende med henvisning til at rettens juridiske dommere vil ha kjennskap til § 122, og kan videreformidle dette til lekdommerne.⁷⁵

Avslutningsvis i avgjørelsen trekker førstvoterende også inn hensynet til sakens opplysning. Dersom opplesninger skal være betinget av orientering om § 122, kan dette ”skape et unødige hinder for opplysningen av straffesaker”. Det blir ikke sagt noe om hvorfor dette hensynet veier tyngre enn for eksempel hensynene bak regelen i § 122, selv om at tillegges betydelig vekt som moment i Høyesteretts vurdering.

Dommen i Rt-2010-456 endrer dermed Høyesteretts standpunkt som ble inntatt i Rt-2008-657 og opprettholdt i Rt-2010-67.

3.4 Riksadvokatens ”Nye og presiserte direktiver”

Høyesteretts nye vurdering av orienteringsplikten etter § 122, jf. § 235 hadde også konsekvenser for Riksadvokaten og det rundskriv som ble sendt ut 22. februar 2010. Kort tid etter dommen ble avsagt, kom det et nytt skriv fra Riksadvokaten. Innledningsvis heter det at ”Høyesteretts kjennelse 14.april d.å. (HR 2010-612-A) endrer forutsetningene for det som er sagt i brevet om påtalemyndighetens adgang til å gjøre bruk av forklaringer”.⁷⁶

I det nye direktivet presiseres det at ”det skal gjøres bruk av relevante forklaringer som bevis i retten selv om det ikke er gitt informasjon om fritaksretten etter § 122”.⁷⁷ Riksadvokaten fortsetter med at dommen kun kan tas til inntekt for at det bare er for ”sekundærnormene om *bevisforbud* at rettstilstanden utvilsomt er endret”.⁷⁸

Til tross for at Høyesterett i Rt-2010-456 legger til grunn at det ikke medfører bevisforbud at siktede ikke er informert om § 122, fastholder Riksadvokaten at § 235 første ledd om politiets opplysningsplikt ”ikke [e]r berørt av Høyesteretts avgjørelse fra april, selv om deler av

⁷⁵ ”Ibid”, avsnitt 32.

⁷⁶ Riksadvokaten, *Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserende direktiver*. Oslo 02.07.10.

⁷⁷ ”Ibid”, annet avsnitt.

⁷⁸ ”Ibid”, fjerde avsnitt.

begrunnelsen *kunne* tilsi” at orienteringsplikten etter § 235 faller bort.⁷⁹ Riksadvokaten argumenterer for at Høyesteretts problemstilling om det er en ”feil” at siktede ikke informeres om § 122, henviser til en ”saksbehandlingsfeil” som kan oppstå hvis det tillates opplesning av forklaringen i retten. Orienteringsplikten berøres ikke av Høyesteretts argumentasjon presiseres det i rundskrivet.

Avslutningsvis kommer imidlertid Riksadvokaten med presiseringer som kan tyde på at man vil modifisere de uttalelser som Høyesterett kommer med i Rt-2010-456. Disse vil bli gjennomgått i den videre fremstilling av dagens rettstilstand på området.

4. Analyse

4.1 Avklaring av rettstilstanden etter Rt-2010-456

4.1.1 Rt-2010-456 og Riksadvokaten

Før avgjørelsen i Rt-2010-456 var det grunnlag for bevisforbud dersom politiet ikke hadde orientert den siktede nærstående om både det generelle nektelsesgrunnlaget etter strpl. § 232 og fritaksretten i § 122.⁸⁰ Etter Rt-2010-456 medfører det ikke bevisforbud dersom siktede ikke blir orientert om § 122, idet Høyesterett mener at ” det ikke er tale om noen vesensforskjell”⁸¹ mellom nektelsesgrunnlagene i henholdsvis §§ 122 og 232.

Hva gjelder politiets orienteringsplikt etter § 235, er denne i liten grad omtalt i Høyesteretts argumentasjon i den siste avgjørelsen. Selv om det legges til grunn at manglende orientering ikke medfører bevisforbud i retten, gir ikke Høyesterett noen føringer om orientering før avhør. Dommen sonderer således ikke mellom ulovlig beviserverv og bevisforbud, slik Riksadvokaten prøver å innfortolke i Høyesteretts argumentasjon.⁸²

Riksadvokaten fremhever i sitt rundskriv fra 2. juli 2010 at ”primærnormene i § 235 første ledd om *opplysningsplikt* er formentlig ikke berørt av Høyesteretts avgjørelse fra april, selv

⁷⁹ ”Ibid”.

⁸⁰ Se blant annet Rt-2008-657, Rt-2010-67.

⁸¹ Rt-2010-456, avsnitt 31.

⁸² Frode Sulland, *Førstehjelp til Høyesterett*, Tidsskrift for Strafferett, Oslo 2010.

om deler av begrunnelsen *kunne* tilsi at også opplysningsplikten om retten etter § 122 bortfaller når den nærstående har status om siktet”.⁸³

Begrunnelsen Riksadvokaten her sikter til, er Høyesteretts uttalelser om at ”hensynene bak reglene om fritak for vitneplikt om nærstående, jf. § 122 og 123, er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får om han eller hun ikke har plikt til forklare seg”.⁸⁴ Riksadvokaten fastholder imidlertid at uttalelsen ikke kan tolkes slik at orienteringsplikten etter § 235 ikke er absolutt, men at ”det er på denne bakgrunn bare for så vidt gjelder sekundærnormene om *bevisforbud* at rettstilstanden utvilsomt er endret”.⁸⁵

Dommen i Rt-2010-456 er således uklar med hensyn til hvordan orienteringsplikten i praksis skal etterleves, men Riksadvokatens retningslinjer fastholder at politiets plikt etter strpl. § 235 er absolutt. Det er dermed bare ved spørsmål om bevisforbud at manglende orientering ikke vil ha avgjørende konsekvenser for bevisførselen i retten.

Det er likevel grunn til å merke seg de uttalelser Riksadvokaten kommer med avslutningsvis i sitt siste rundskriv i juli 2010. Samtidig som Riksadvokaten fastholder at politiet har en orienterings*plikt* etter § 235, understrekes det at det vil være en ”uheldig rettsutvikling dersom plikten til å informere siktede om prosessuelle rettigheter ikke etterleves etter beste evne”.⁸⁶

Uttalelsen knyttes opp til Høyesteretts holdning til bevisforbud, som beskrives som ”tilbakeholden”, og som et resultat av at politi og påtalemyndighet i Norge følger straffeprosessens regler lojalt.⁸⁷ Selv om det hevdes at dommen i Rt-2010-456 ikke har noen faktiske konsekvenser for orienteringsplikten etter § 235, finner Riksadvokaten grunn til å oppfordre politiet til å respektere prosessuelle rettigheter, selv om virkningen av forsømmelse ikke blir et senere bevisforbud. Riksadvokatens holdning markerer at Høyesteretts standpunkt i Rt-2010-456 er kontroversielt, og går på tvers av ønsket praksis.

⁸³ Riksadvokaten, *Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserende direktiver*. Oslo 02.07.10.

⁸⁴ Rt-2010-456, avsnitt 33.

⁸⁵ Riksadvokaten, *Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserende direktiver*. Oslo 02.07.10.

⁸⁶ ”Ibid”.

⁸⁷ ”Ibid”.

4.2 Konsekvenser av den nye rettstilstanden

4.2.1 Grensen for bevisforbud er flyttet

Tidligere rettspraksis, herunder Rt-2008-657 og Rt-2010-67, la til grunn at terskelen for bevisforbud var overtrådt når politiet ikke orienterte om § 122, jf. § 235. Avgjørelsen i Rt.-2010-456 har som største konsekvens at den har flyttet grensen for bevisforbud når politiet ikke etterlever sin orienteringsplikt etter § 235.

Problematikken rundt § 122, jf. § 235 er to-delt. For det første har spørsmålet vært om manglende orientering fra politiet fører til saksbehandlingsfeil, og for det andre om en slik feil har bevisforbud som virkning når det begjæres opplesning i retten.

I Rt-2010-456 fastholder Høyesterett både at manglende orientering om § 122 ikke er en saksbehandlingsfeil, og at dette ikke vil fordre bevisforbud ved opplesning i retten.

Høyesteretts standpunkt er interessant idet det går på tvers av den utviklingen som har vært på området for bevisforbud. Som beskrevet i punkt 2.4 har fokuset ved vurderingen av ulovlige bevis blitt flyttet fra den ulovlige ervervelse til den utilbørlige anvendelse.⁸⁸ I vurderingen av beviset er det ikke et krav at ervervelsen er ulovlig eller i det hele tatt kritikkverdig – det kan bare være bevisanvendelsen som er utilbørlig.⁸⁹

Hensynet bak regelen i § 122 er å beskytte vitner fra å bidra til domfellelse av en slektning, med de konsekvenser dette kan ha for familielivet, se her punkt. 1.4 og 2.2. Orientering om eksistensen av § 122 forut for et avhør vil gi vitnet valget mellom å tie eller av fri vilje forklare seg om nærståendes forhold. Blir avhøret gjennomført uten at siktede har kunnskap om sine rettigheter etter § 122, har dette tidligere blitt vurdert som en krenkelse av orienteringsplikten etter § 235, og opplesning i retten har blitt avskjært som bevis.

Høyesteretts argumentasjon i Rt-2010-456 om grunnlaget for å tillate opplesning er knapp. Tidligere rettspraksis om bevisforbud har vurdert om anvendelsen av beviset er utilbørlig – det er ikke avgjørende at beviservervelsen er ikke er kritikkverdig. I Rt-2010-456 skjer det ingen vurdering av om opplesning kan være utilbørlig på bakgrunn av de hensyn § 122 søker

⁸⁸ Jørgen Aall, *Høyesterett som prosesskaper særlig på området for utilbørlige bevis*, Oslo 2002, punkt 4.2. Se også Rt-1999-1269, side 1272.

⁸⁹ Jørgen Aall, *Høyesterett som prosesskaper særlig på området for utilbørlige bevis*, Oslo 2002, side 961.

å beskytte. Den manglende vurderingen svekker resultatet, fordi det er nettopp i retten at forklaringen har størst skadevirkning overfor den siktede nærstående.

Motsetningsvis ble det i avgjørelsene forut for Rt-2010-456 gjort vurderinger i tilknytning til hva den aktuelle forklaringen inneholdt. I Rt-1988-314 og Rt-2004-1789 ble opplesning av forklaringene tillatt, men det påpekes at det som ble lest i retten kun omhandlet vitnets egne forhold. Det gjorde det mindre betenkelig å tillate opplesning. I Rt-2010-67 og Rt-2008-657 var imidlertid forklaringene av betydning for skyldspørsmålet, og var et moment for å konstatere bevisforbud. Å fremheve hvordan innholdet i forklaringene kunne ramme den tiltalte synliggjorde til en viss grad hvordan Høyesterett avgjorde problemstillingen.

Ørnulf Øyen mener Rt-2010-456 bidrar til at læren om bevisforbud ved manglende orientering om fritaksretten etter § 122 er tilbake på riktig spor.⁹⁰ Øyen mener at det i norsk rett er et prinsipielt standpunkt at det ikke er et vidtrekkende bevisforbud på grunnlag av ulovlig beviserverv. Han mener også at avgjørelsen på en god måte presiserer de prinsipielle retningslinjene for bevisforbud.⁹¹

Snuoperasjonen med hensyn til bevisforbud i Rt-2010-456 burde imidlertid vært gjenstand for en mer omfattende argumentasjon fra Høyesterett. Den nye rettstilstanden medfører at det kritikkverdige ved beviservervelsen kan videreføres ved bevisføringen. Ørnulf Øyen mener at Rt-2010-456 bør leses slik at bevisforbudsgrunnlaget gjentatt eller fortsatt rettsbrudd er et underforstått rettslig utgangspunkt.⁹² Han påpeker også at bevisforbud må avgjøres på bakgrunn av ”en konkret vurdering av hvor grovt de hensyn som begrunner bevissikringsnormen vil krenkes, hvis beviset føres”.⁹³ Øyens standpunkt står i motsetning til hverandre; selv om Høyesterett har et underforstått utgangspunkt om fortsatt rettsbrudd, foretar ikke førstvoterende noen konkret vurdering av hvordan hensynene som begrunner § 122 krenkes ved bevisføring.

Selv om Høyesteretts endelige vurdering finner støtte i teorien og uttrykker den generelle holdning til bevisforbud i norsk rett, foretas det en innskrenkende tolkning av en lovregel, noe

⁹⁰ Ørnulf Øyen, *Bevisforbud der politiet eller retten ikke har overholdt plikten til å orientere om straffeprosessloven § 122 – en kommentar til nyere praksis fra Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg*, Oslo 2010, side 180.

⁹¹ ”Ibid”, side 180.

⁹² ”Ibid”, side 175.

⁹³ ”Ibid”, side 180.

som krever en videre begrunnelse. Fraværet av en konkret vurdering av hensynene bak § 122 svekker grunnlaget for Høyesteretts tillatelse av bevisføring.

4.2.2 Forholdet mellom §§ 122 og 232

Et gjennomgående moment i Høyesteretts vurdering av politiets orienteringsplikt er forholdet mellom fritaksretten i § 122 og mistenktes vern mot selvinkriminering etter § 232. Strpl. § 232 verner mistenkte mot selvinkriminering, og det er ikke omtvistet at det foreligger en absolutt orienteringsplikt for politiet før avhør. Det omtvistede spørsmål har vært om det er tilstrekkelig at den siktede kun informeres om sin generelle rett til å nekte å forklare seg når fritak etter § 122 kan være aktuelt.

I Rt-1988-314 ble det lagt til grunn at det ikke var nødvendig at en nærstående siktet ble informert om begge nektelsesgrunnlag – det var tilstrekkelig å orientere om hans generelle rett til å tie.⁹⁴ Denne saken omhandler imidlertid et brødrepar hvor den ene forklarte seg frivillig i retten om brorens forhold. Situasjonen skiller seg dermed fra senere dommer ved at det er rettens orienteringsplikt som aktualiseres. Uttalelsene er likevel referert i senere dommer om politiets orienteringsplikt.

Standpunktet som er referert fra Rt-1988-314 ble også inntatt i Rt-2004-1789. Det avgjørende var at det aktuelle vitnet hadde blitt gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg, jf. § 232, og at forklaringen kun omhandlet hennes egne forhold.

Avgjørelsene i Rt-1988-314 og Rt-2004-1789 begrunner ikke hvorfor flertallene anser det som tilstrekkelig å informere om den generelle nektelsesretten etter § 232. Dette er en svakhet ved avgjørelsene, fordi hensynene bak §§ 122 og 232 i realiteten er svært forskjellige. Høyesterett tolker § 122 innskrenkende overfor siktede, men påpeker ikke hvilke hensyn bak reglene de begrunner resultatet med. Særlig er argumentasjonen i Rt-2004-1789, som baseres på Rt-1988-314, svak fordi ulikhetene i saksforholdene ikke påpekes slik at det klargjøres hvorfor vurderingsmomentene likevel tillegges vekt.

⁹⁴ Rt-1988-314, side 314.

Flertallet i Rt-2008-657 kom imidlertid til motsatt resultat enn i Rt-1988-314. Høyesterett fremhever at hensynene bak §§ 122 og 232 er forskjellige; mens § 232 skal verne mistenkte mot selvinkriminering, skal § 122 beskytte vitnet fra å ufrivillig bidra til domfellelse av en slektning.⁹⁵ Hensynenes forskjellige karakter er derfor grunnlaget for at flertallet mener at det må sikres at en siktet vet om sine rettigheter etter § 122 i en avhørssituasjon.⁹⁶ Når dette mangler vil det også medføre at det ikke er adgang til opplesning.⁹⁷ Dette standpunktet ble videreført i Rt-2010-67.

Sondringen mellom §§ 122 og 232 ble imidlertid ikke videreført i Rt-2010-456.

Førstvoterende beskriver hensynene bak § 122 med henvisninger til teori og tidligere avgjørelser, men legger til grunn uten videre drøftelser at det ikke er noen vesensforskjell mellom §§ 122 og 232.⁹⁸ En person som er informert om sin generelle nektelsesrett vil ikke ha krav på beskyttelse gjennom bevisforbud, og utover disse argumentene vurderer ikke Høyesterett skillet mellom §§ 122 og 232.

Den manglende vurderingen av hensynene bak vernet mot selvinkriminering og fritak for vitneplikt overfor nærstående, er en ytterlig svakhet ved avgjørelsen i Rt-2010-456. Særlig fordi lovgiver har funnet det nødvendig å lovfeste rettighetene uavhengig av hverandre, og samtidig oppstille en orienteringsplikt for politiet i henholdsvis §§ 235 og 232.

4.2.3 Hensynet til sakens opplysning

Som nevnt under punkt 2.4 er ønsket om en fullstendig opplysning av straffesaker det bærende hensyn innen utformingen av norske regler om bevisforbud. Hensynet begrunner også hvorfor lovgiver har overlatt utviklingen av rettsområdet til domstolene.

I Rt-2010-456 lar Høyesterett hensynet til sakens opplysning veie tungt i sin argumentasjon om hvorfor opplesning tillates. Et bevisforbud for forklaringer gitt av siktede som har forklart seg uten å ha blitt orientert om § 122, vil ”skape et unødige hinder for opplysninger av straffesaker”.⁹⁹ Det er imidlertid vanskelig å se hvordan Høyesterett utover uttalelsen om

⁹⁵ Rt-2008-657, avsnitt 36.

⁹⁶ ”Ibid”, avsnitt 38.

⁹⁷ ”Ibid”, avsnitt 39.

⁹⁸ Rt-2010-456, avsnitt 31.

⁹⁹ ”Ibid”, avsnitt 33.

hensynet til sakens opplysning presiserer hvorfor bevisforbud ikke er aktuelt ved manglende orientering om § 122. Som fremhevet under punkt 4.2.2 skjer det ingen vurdering av hvordan innholdet av siktedes forklaring vil ramme den nærstående. Høyesterett synliggjør dermed ikke hensynene bak § 122 og om disse krenkes ved opplesning.

Uttalelsen fra Høyesterett referert i avsnittet over har blitt kritisert. Advokat Frode Sulland mener Høyesterett gir uttrykk for at den rettighet som lovgiver har gitt vitner ikke lenger gjør seg gjeldende hvis vitnet samtidig er siktet.¹⁰⁰ Han påpeker videre at loven ikke angir et unntak for de situasjoner hvor vitnet også er siktet, og at det rettslige vernet må være det samme. Endelig mener Sulland at forklaringer som er gitt uten kjennskap til regelen må nektes opplest, og at Høyesteretts standpunkt i Rt-2010-456 medfører at regelen ikke har noen reell verdi for siktede vitner.¹⁰¹

Høyesteretts standpunkt finner også støtte i teorien. Ørnulf Øyen mener hensynet til sakens opplysning bidrar til at rettstilstanden er tilbake på rett spor, som beskrevet over i punkt 4.2.2. I likhet med Høyesterett grunngir han ikke sitt standpunkt om at sakens opplysning skal ha avgjørende vekt når opplesning av tiltaltes forklaring skjer på tross av manglende orientering om § 122.

Høyesterett standpunkt om hensynet til sakens opplysning har enkelte likhetstrekk med de drøftelsene som ble foretatt i tidligere dommer på området, både når opplesning ble tillatt og avskjært. I Rt-1988-314, Rt-2004-1789 og Rt-2008-657 la flertallene vekt på innholdet i den oppleste forklaringen; hvilke opplysninger inneholdt den, og hvilken betydning hadde disse for saken? Se her også punkt 4.2.1.

Dommen i Rt-2010-456 går imidlertid lenger i den forstand at det ikke foretas noen vurdering av hva den aktuelle forklaringen inneholder av opplysninger. I de tidligere nevnte dommer ble innholdets betydning overfor tiltalte brukt som en del av argumentasjonen for resultatet. Det synes som om Høyesterett nå mener at forklaringens innhold skal ha mindre betydning; det er sakens opplysning som er det mest avgjørende. Selv om opplesning kan medføre at skyldspørsmålet blir avgjort til ulempe for den nærstående tiltalte, skal hensynet til sakens opplysning veie tyngst.

¹⁰⁰ Frode Sulland, *Høyesterett på villspor*, Tidsskrift for strafferett, Oslo 2010, side 117.

¹⁰¹ ”Ibid”, side 117-118.

Hensynet til sakens opplysning er som tidligere påpekt under punkt 2.4 et tungtveiende moment i vurderingen av hvor omfattende bevisreglene bør være innenfor straffeprosessen. Det har blant annet påvirket debatten på området for vernet mot selvinkriminering. Et argument mot å ha et vern mot selvinkriminering er nettopp at prosessreglenes formål skal være å fremme den materielle retten.¹⁰² Bevisavskjæring bør bare skje dersom beviset er irrelevant eller overflødig, eller medfører uforholdsmessig forsinkelse eller kostnader.¹⁰³ Denne holdningen til bevisavskjæringsreglene ble først forfektet av den engelske filosofen og advokaten Jeremy Bentham, som mente at bevisreglene står i et tjenende forhold til den materielle retten.¹⁰⁴

Det er et paradoks at Høyesterett viser til § 232 som et tilstrekkelig vern for siktede, og begrunner standpunktet med at det vil være skadelig for sakens opplysning om siktede også har rett til orientering om § 122. Vernet mot selvinkriminering i § 232 går lengre enn rettighetene hjemlet i § 122; siktede kan med grunnlag i § 232 nekte å forklare seg i sin helhet. Nektelsesretten i § 122 gir siktede kun orientering om at han har rett til å utelate opplysninger om nærstående fra sin forklaring. Det er dermed vanskelig å se hvorfor det skulle skade sakens opplysning å orientere om nektelsesretten i § 122, når denne bevisregelen i større grad fremmer den materielle retten enn § 232.

Det er imidlertid klart at i saker hvor flere siktede også er nærstående, vil orientering om nektelsesretten etter § 122 kunne påvirke i hvilken grad de siktede vil bidra til sakens opplysning gjennom sine forklaringer. Likevel vil orientering om § 122 gi siktede muligheten til å gi en på forhånd veloverveid forklaring. Det minsker risikoen for at han i retten nekter å forklare etter orientering om nektelsesretten i § 122.

4.2.4 Hvorfor skal en siktet ha færre rettigheter enn et vitne?

Ordlyden i § 122 angir at regelen skal gi vitner retten til å nekte å vitne mot nærstående, men er taus med hensyn til situasjoner hvor vitnet selv er siktet. Forarbeidene inneholder heller ingen tolkningsmomenter for å vurdere problemstillingen. Det avgjørende for en slik drøftelse

¹⁰² Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Bergen 2010, side 79.

¹⁰³ ”Ibid”.

¹⁰⁴ Bentham, sitert i Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009, side 23.

blir dermed hensynene som begrunner regelen, og om det vil være hensiktsmessig å gi en siktet orientering om § 122.

Høyesteretts argumentasjon sier svært lite, om ingenting, om hvorfor siktede ikke skal gis samme mulighet til å påberope seg § 122 under politiavhør som et vitne. Likevel synes det som om det ikke er problematisk at siktede har den samme nektelsesretten som et vitne. Høyesterett nøyer seg med å slå fast at siktede ikke har samme rett til orientering som et ordinært vitne. Dette er oppsiktsvekkende fordi ordlyden i § 122 er taus, og manglende støtte i bestemmelsens ordlyd burde medføre at Høyesterett klargjør hvorfor en siktet kun trenger å underrettes om § 232.

I Rt-1988-314 og Rt-2004-1789 var de nærstående som påberopte seg § 122 også tiltalte. Høyesterett foretar ikke noen vurdering av ordlyden, forarbeider eller andre hensyn bak regelen i § 122, men konkluderer uten nærmere grunngivning at den generelle orienteringen tiltalte får er tilstrekkelig. Det er derfor vanskelig å se av premissene hvorfor Høyesterett foretar et skille mellom vitner og siktede eller tiltalte i disse avgjørelsene.

Høyesterett foretar imidlertid en vurdering av forskjellene mellom §§ 122 og 232 i Rt-2008-657 som også gjenopprettet siktedes rett til orientering om § 122. Den nærstående ble som vitne informert om § 122, men ble senere siktet i samme sak. Da hun forklarte seg som siktet ble det ikke orientert om § 122. Det uttales at § 232, jf. § 90 skal beskytte mot selvinkriminering, mens § 122 er skal beskytte vitnets egne interesser. Videre skilles det mellom interesser en siktet eller tiltalt har i tilknytning til sitt eget skyldspørsmål, og på den andre side de interesser et vitne har med hensyn til å unngå at forklaringer kan skade familielivet.¹⁰⁵ Høyesterett fant at hensynene bak § 122 talte for at dette elementet måtte sikres gjennom orientering, slik at dette ble en del av avveiningen før siktede forklarer seg. Resultatet sidestiller siktede med vitner hva gjelder rettigheter etter § 122, jf. § 235.

Høyesteretts forståelse av hensynene bak § 122 sammenholdt med § 232 ble ikke grunnlaget for gjeldende praksis særlig lenge. Basert på argumentasjonen i Rt-2010-456, og den foretatt av mindretallet i Rt-2008-67, synes det avgjørende at den siktede selv foretar en vurdering av skadevirkningene hvis han velger å forklare seg om nærstående. Særlig i Rt-2008-657 legger

¹⁰⁵ Rt-2008-657, avsnitt 36-38.

mindretallet stor vekt på at samboeren til tiltalte selv kunne velge om hun ville ta hensyn til deres forhold da hun forklarte seg. Orienteringen hun fikk om § 232 som siktet tidligere i saken var dermed tilstrekkelig fordi hensynet til den nærstående var klar og nærliggende for samboeren.¹⁰⁶

Det er betenkelig å la det være opp til den siktede å foreta vurderinger av om han skal avgi forklaring om nærstående. Manglende kunnskap om prosessuelle rettigheter kan påvirke vurderingen, og det er generelt enklere å påberope seg en rettighet man vet eksisterer. I Rt-2008-657 og Rt-2010-67 blir nettopp dette vektlagt; siktedes prosessuelle rettigheter skal ivaretas ved å orientere om dem. Dette blir ikke problematisert i Rt-2010-456.

I EMD-avgjørelsen Kaste og Mathisen mot Norge¹⁰⁷ blir det blant annet drøftet om en tiltalt omfattes av de samme rettigheter som et vitne etter EMK artikkel 6. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at artikkel 6 i EMK, og de begrensningene denne setter for opplesning av vitners forklaringer, ikke omfattet forklaringer fra en medtiltalt. I avgjørelsen legges det til grunn at Lagmannsrettens tolkning av vitnebegrepet ikke er i samsvar med praksis i EMD. Domstolen understreker at det ikke er noen vesensforskjell mellom forklaringer gjort av et vitne eller den tiltalte, og uttaler;

"It should be reiterated that where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction then, irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply (see Lucà, cited above, § 41)".¹⁰⁸

Uttalelsene viser at det ikke er grunnlag for å skille mellom et vitne og en siktet med hensyn til rettigheter som tilkommer et vitne, selv om vitnet også er siktet. Det avgjørende må være at den forklaring som blir gitt har bevismessig verdi for saken. EMDs standpunkt bør derfor ha den konsekvens at vilkåret "vitne" i § 122, jf. § 235 også må omfatte siktede når han avgir forklaring i saker om nærstående medsiktede.

¹⁰⁶ Rt-2008-657, avsnitt 25.

¹⁰⁷ Kaste og Mathisen mot Norge, application nr. 18885/04 og 21166/04.

¹⁰⁸ "Ibid", avsnitt 53.

Kravet til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 innebærer at den siktedes prosessuelle rettigheter skal ivaretas på alle stadier. Når loven ikke oppstiller et forbehold om at siktede ikke skal omfattes av regelen, bør denne rettigheten også tilkomme ham. Den prosessuelle rettigheten som følger av § 122 er en del av grunnlaget for en rettferdig rettergang, og når Høyesterett tolker denne innskrenkende går det på tvers av gjeldende praksis i EMD. Forholdet til Norges folkerettslige forpliktelser skal drøftes under punkt 4.4.

4.3 Forholdet til lovgiverviljen

4.3.1 Høyesteretts vurdering av ordlyd og forarbeider i Rt-2010-456

Strpl. § 122 gir fritak for vitneplikt for den siktedes nærstående, som er nærmere spesifisert i lovteksten. Etter § 235 har politiet orienteringsplikt overfor vitnet med hensyn til å opplyse om den prosessuelle rettigheten § 122 oppstiller, se her punkt 2.3.

Det er ikke tvilsomt at ordlyden ”skal” i § 235 fordrer en absolutt orienteringsplikt for politiet overfor vitner. Den faktiske ordlyden i § 235 blir ikke vurdert overhodet, men Høyesterett finner at det er avgjørende for resultatet at det ikke er noen vesensforskjell mellom §122 jf. § 235 og § 232,¹⁰⁹ se her punkt 4.2.2. Det synes dermed lite velbegrunnet at Høyesterett tolker ordlyden innskrenkende overfor siktede, kun begrunnet med at det er tilstrekkelig å orientere om § 232. Høyesterett utelater også vurderinger av regelens eksistens og lovgiverviljen holdt opp mot ordlyden i sin argumentasjon i Rt-2010-456. Med unntak av å fremheve hensynene bak § 122 og at § 232 også ivaretar disse, er ikke ordlyden problematisert.

Ved lovtolkning har forarbeidene stor autoritetsvirkning som rettskilde. Selv om dommeren ikke er konstitusjonelt bundet av forarbeidene, er det ikke omstridt at lovgivers standpunkt om lovtolkning i seg selv et argument for at dommeren skal innta samme standpunkt.¹¹⁰ Forarbeidene kan gi svar på hvorfor regelen eksisterer, og hvilke hensyn som begrunner den. Som rettskilde blir forarbeidene også svært sentrale når den grunnleggende problemstillingen er om en rettighet tilkommer en bestemt gruppe; lovgivers vilje kan her være avgjørende for tolkningen av hvem som bør omfattes av lovregelen.

¹⁰⁹ Rt-2010-456, avsitt 31.

¹¹⁰ Mads Henry Andenæs, *Rettsildelære*, Oslo 1997, side 25.

Lovgiver har funnet det hensiktsmessig å gi en egen bestemmelse om fritak for vitneplikt overfor nærstående, utenom den generelle regelen i § 232. Selv om forarbeidene ikke sier noe om siktedes rettigheter, er det oppsiktsvekkende at Høyesterett uttaler at det ikke er noen vesensforskjell mellom §§ 235 og 232 uten å drøfte hva som er lovgiverviljen bak reglene.¹¹¹ Når Høyesterett ikke vurderer forarbeidene svekker dette argumentasjonen og grunnlaget for resultatet i dommen.

Som forarbeidene legger til grunn, se her punkt 2.2, er politiets orienteringsplikt etter § 235 begrunnet med at det ivaretar regelens effektivitet. Den som avgir forklaring til politiet må gis anledning til å reflektere over at han kan velge å avstå fra å forklare seg om nærstående. Orienteres det kun om § 232 vil ikke siktede gis det samme vurderingsgrunnlaget som etter § 122, og hensynene bak vitnefritaket aktualiseres ikke.

Forarbeidene begrunner regelen i § 122 med konsekvensene for vitnets privatliv ved å avgi forklaring til politiet og bidra til straffeforfølgning og/eller domfellelse av en nærstående. Disse hensynene er ikke en del av Høyesteretts argumentasjon i Rt-2010-456, selv om man ikke kan skille mellom et vitne og en siktet med hensyn til konsekvenser for personlige relasjoner. Argumentasjonen bak resultatet om at det ikke er noen vesensforskjell mellom §§ 122 og 232 blir dermed vesentlig forenklet.

5.1 Forholdet mellom nåværende rettstilstand og Norges forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon

5.1.1 Norges forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 6

I det følgende vil jeg gjennomgå det generelle kravet om en rettferdig rettergang etter Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6. Deretter vil retten til privatliv etter artikkel 8 gjennomgås. Avslutningsvis vurderes det om Høyesteretts standpunkt om siktedes innskrenkede rett til orientering om § 122, jf. § 235, er et inngrep etter EMK artikkel 8, sammenholdt med artikkel 6.

¹¹¹ ”Ibid”.

Straffeprosessloven § 4 regulerer forholdet mellom lovens regler og Norges folkerettslige forpliktelser;

” Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller som følger av overenskomst med fremmed stat”. ”

Denne paragrafen ble tilføyd ved lov av 13. april 1962 om tillegg til rettergangslovgivningen om folkerettslig immunitet,¹¹² og må sees i sammenheng med menneskerettsloven¹¹³ som ble vedtatt i 1999. I menneskerettsloven blir blant annet EMK gitt forrang dersom det oppstår konflikt med nasjonal lovgivning.¹¹⁴

Spørsmålet om våre forpliktelser etter EMK aktualiseres fordi Høyesterett har senket terskelen for bevisforbud når orientering om § 122 mangler forut for et avhør. Forklaringer som tidligere ville blitt gjenstand for bevisforbud, tillates nå opplest i retten. Dette medfører at en siktet som avgir vitneforklaring om en nærstående blir fratatt en rettighet som etter loven skal tilkomme et vitne. Problemstillingen blir dermed om en slik innskrenkning av siktedes rettigheter er i strid med rettferdighetskravet i EMK artikkel 6 og retten til privatliv i artikkel 8.

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 første ledd legger til grunn at;

“ In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.

Det grunnleggende kravet er at en rettergang i sin helhet skal være ”fair”. De øvrige leddene i artikkel 6 angir mer detaljert hvilke vilkår som må være oppfylt eller ivaretatt for at en rettergang skal være rettferdig. Disse er imidlertid ikke uttømmende, og EMD kan velge å alene vurdere en klage mot det generelle vilkåret om en ”fair trial”.¹¹⁵ I dommen Rowe og Davis mot Storbritannia blir det i tilknytning til bevisførsel uttalt;

¹¹² Strpl. Kom. Innst. 1969, side 148.

¹¹³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 33.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 3, (1998-1999), punkt 8.4.

¹¹⁵ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvensjon – for praktikere*. København 2010, side 458.

*“However, as the applicants recognised (...), the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (...). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest”.*¹¹⁶

For å fastslå om rettergangen har vært rettferdig må det følgelig foretas en helhetlig vurdering av prosessen, herunder hvilken bevisføring som har vært tillatt eller avskjært, slik EMD påpeker i uttalelsen referert ovenfor. I en slik vurdering er det også relevant om noen av konvensjonens øvrige artikler er krenket under rettsprosessen, et vurderingsgrunnlag EMD beskriver i dommen *Oyston v. Storbritannia*, som er referert nedenfor i punkt 4.4.3.

5.1.2 Er opplesning på bakgrunn av manglende orientering om § 122 en krenkelse av retten til privatliv etter EMK art.8?

Som nevnt under punkt 2.4 kan beskyttelse av rettigheter utgjøre grunnlaget for bevisforbud. Flere av bestemmelsene i EMK har et krav om lovhjemmel dersom inngrep skal anses konvensjonsmessige.¹¹⁷

Artikkel 8 første ledd legger til grunn at;

“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.

For å konstatere at det har skjedd et inngrep i den siktedes rettigheter etter artikkel 8, må det vurderes om bruk av politiforklaringer gitt uten orientering om strpl. § 122 krenker retten til ”private life”.

¹¹⁶ Rowe og Davis v. United Kingdom, sak. nr. 28901/95.

¹¹⁷ Runar Tøgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2010, side 165.

Etter praksis i EMD skal vilkåret ”private life” forstås bredt, og det er ikke gitt noen uttømmende definisjon av innholdet. Retten til privatliv kan omfatte en persons fysiske og psykiske integritet.¹¹⁸ Særlig relevant for temaet i denne avhandlingen er at retten til privatliv innebærer at man har rett på beskyttelse mot ekstern påvirkning av personlige relasjoner.¹¹⁹ Retten til å ha personlige relasjoner går lengre enn retten til familieliv, og omfatter for eksempel forholdet mellom foreldre og voksne barn.¹²⁰

I forlengelsen av første ledd blir det i artikkel 8 annet ledd slått fast at;

“ There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others ”.

Inngrep i beskyttede rettigheter er konvensjonsmessige etter reservasjonen i artikkel 8 punkt 2 dersom disse skjer ”in accordance with the law”. I dette ligger for det første et legalitetskrav; inngrepet må ha hjemme i nasjonal rett, og det stilles kvalitative krav til hjemmelsgrunnlaget.¹²¹

Den overordnede vurderingen er at inngrepet må være nødvendig for å ivareta et eller flere anerkjente formål, noe som fremkommer av ordlyden ”necessary in a democratic society”. Etter EMDs praksis innebærer vilkåret at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering av om det er et presserende samfunnsmessig behov for inngrepet, og om inngrepet står i forhold til formålet.¹²²

Både beviserverv og bevisføring kan krenke retten til privatliv etter artikkel 8. For tilfeller hvor det skjer et inngrep på beviservervsstadiet, kan bevisføring likevel tillates begrunnet i

¹¹⁸ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvensjon – for praktikere*. København 2010, side 605.

¹¹⁹ Smirnova v. Russland, application nr. 46133/99 og 48183/99, avsnitt 95.

¹²⁰ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvensjon – for praktikere*. København 2010, side 605.

¹²¹ ”Ibid”, side 591.

¹²² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen 2004, side 125-126.

formålet om kriminalitetsbekjempelse som er nødvendig i et demokratisk samfunn.¹²³

Terskelen for å konstatere et inngrep på dette området er derfor høy idet inngrep grunnet i kriminalitetsbekjempelse sjelden er konvensjonsstridige. Forutsetningen er at selve bevisføringen også skjer i overensstemmelse med nasjonale lovregler. Adgang til bevisføring som krenker artikkel 8 skal drøftes punkt 4.4.3.

5.1.3 Er den nåværende rettstilstand et inngrep som krenker Norges forpliktelser etter EMK?

Overtredelse av retten til privatliv kan medføre at kravet om en rettferdig rettergang etter artikkel 6 også krenkes.¹²⁴ For å vurdere om Høyesteretts standpunkt er konvensjonsstridig, må derfor rettighetene som beskrives i artikkel 8 vurderes i sammenheng med artikkel 6, se her punkt 4.4.1. Artikkel 8 inneholder et hjemmelskrav, se ovenfor i punkt. 4.4.2, og dersom det foreligger en krenkelse av nasjonal rett kan dette også medføre en krenkelse av EMK.

Disse utgangspunktene er imidlertid ikke absolutt, idet det ville medføre urimelige tolkningsresultater for overtredelser som kan være ubetydelige.¹²⁵ Kravet om rettferdig rettergang etter artikkel 6.3 må derfor tolkes i sammenheng med rimelighetsstandarden i artikkel 6 første ledd.¹²⁶ I avgjørelsen *Schenk v. Sveits* legger EMD til grunn at artikkel 6 ikke regulerer bevisføring, men at det er nasjonal rett som primært regulerer dette området. EMDs kompetanse ville derfor ikke omfatte vurderingen om beviset var ulovlig ervervet og burde avskjæres i retten, men ”only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial *as a whole was fair*” (min kursivering).¹²⁷ Det må derfor foretas en helhetsvurdering hvor det avgjørende er om bevisføringen påvirker tiltaltes rett til en rettferdig rettergang etter artikkel 6.

Det er i første rekke inngripende etterforskningsmetoder ved beviserverv EMK artikkel 8 skal hindre, men også forhold ved bevisføringen kan krenke vernet av privatsfæren.¹²⁸ Som nevnt ovenfor i punkt 4.4.2 vil bevisføring begrunnet i kriminalitetsbekjempelse hovedsakelig være

¹²³ Runar Tøgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2010, side 325.

¹²⁴ Lundqvist, *Bevisforbud* s. 66, sitert i Runar Tøgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2010, side 326.

¹²⁵ Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen 1993, side 361.

¹²⁶ ”Ibid”.

¹²⁷ *Schenk v. Sveits*, saks nr. 10862/84, avsnitt 46.

¹²⁸ Runar Tøgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2010, side 325.

konvensjonsmessig selv om beviservervelsen var et inngrep.

EMD har ikke tatt et klart standpunkt til spørsmålet om beskyttelse mot inkriminering av nærstående er en del av konvensjonsbeskyttelsen.¹²⁹ Det er tvilsomt at en slik beskyttelse kan utledes av artikkel 6, men EMD har åpnet for at artikkel 8 kan gi en viss beskyttelse mot inkriminering av nærstående.¹³⁰ I dommen *Oyston v. Storbritannia* uttaler domstolen;

” Furthermore, the interests of victims or witnesses while not expressly taken into account in Article 6 may be regarded as protected by other substantive provisions of the Convention (e.g. the right to life, liberty and security of person, the right to private life including protection of moral and physical integrity). Criminal proceedings should be organised in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled and this may require striking a fair balance between the interests of the defence and those witnesses of victims called upon to testify”.¹³¹

EMD angir at det må foretas en avveining av det inngrepet som skjer overfor det aktuelle vitnet som kalles inn i saken, og de fordelene vitnets forklaring har for forsvaret. Dette må tolkes slik at konvensjonen setter visse begrensninger for bevisføring av vitner.

Vurderingsgrunnlaget referert ovenfor må kunne anvendes i andre situasjoner hvor inngrepet mot vitnet kan krenke retten til privatliv etter artikkel 8.

Vurderingsgrunnlaget blir om Høyesteretts standpunkt om at siktede ikke er omfattet av orienteringsplikten i strpl. § 235, er i strid med retten til privatliv etter artikkel 8, sett i sammenheng med retten til en rettferdig rettergang etter artikkel 6.

Ordlyden i strpl. § 235 viser til en absolutt orienteringsplikt for politiet ved at det ”skal” informeres om § 122. Dette støttes av uttalelser i forarbeidene, se punkt 2.2. Som drøftet under punkt 4.3.1 tar ikke Høyesterett i Rt-2010-456 hensyn til ordlyden i § 122, men innfortolker et skille mellom et vitne og en siktet med hensyn til politiets orienteringsplikt. Høyesterett går dermed utenfor de rammer som lovgiver har satt for orienteringsplikten i nasjonal rett.

¹²⁹ Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010, side 31.

¹³⁰ ”Ibid”.

¹³¹ *Oyston v. United Kingdom*, saks no. 42011/98. Se også, *Petrov v. Bulgaria*, saks no. 20024/04

Høyesterett begrunnelse for at det ikke skal være en orienteringsplikt om § 122 overfor siktede, er at det er tilstrekkelig å informere om § 232. Ordlyden i § 122 gir ingen direkte føringer om at nektelsesretten kun tilkommer vitner. Høyesterett tolker dermed rettighetene i § 122 innskrenkende overfor siktede uten at dette kan utledes fra verken ordlyd eller forarbeider. En slik innskrenkning, som går på tvers av lovgiverviljen, står også i motsetning til tidligere uttalelser fra EMD. I dommen Kaste og Mathisen mot Norge ble det uttalt av domstolen at det ikke er noen vesensforskjell mellom forklaringer gitt av et vitne eller en tiltalt, se punkt 4.2.4. Forklaringene blir uansett omfattet av garantiene i artikkel 6. Dette standpunktet underbygger at Høyesterett ved sitt skille mellom vitner og siktede krenker retten til privatliv etter det som er lagt til grunn i strpl. § 122 og i forarbeidene av lovgiver.

Som nevnt i punkt 4.4.2 innebærer retten til ”privatliv” at man har rett til beskyttelse fra ekstern påvirkning på personlige relasjoner. Ved å frata siktede retten til orientering om § 122 i saker hvor nærstående er medsiktet, har Høyesterett også fratatt ham retten til å verne om sitt eget privatliv. Regelen i strpl. § 122 har dermed ingen reell effekt på siktedes vurdering av om han skal avgi forklaring. Tilfeldigheter vil være avgjørende for om han har kunnskap om at et slikt nektelsesgrunnlag faktisk eksisterer, og at han kan benytte seg av det. Høyesterett går på tvers av de hensyn som lovgiver fant avgjørende ved utformingen av regelen, og setter hensynet til saksopplysning over retten til å verne om sitt privatliv som vitne.¹³²

Statusen som siktet i norsk rett vil derfor medføre en innskrenkning av retten til å verne om privatlivet fordi man ikke får velge om man vil forklare seg om nærstående. Vernet mot selvinkriminering etter § 232 blir ikke nyansert ved at man blir foreholdt at enkelte opplysninger kan holdes tilbake i forklaringen. Beskyttelse av personlige relasjoner er en av grunnene til at lovgiver har gitt en fritaksrett for vitner i § 122, mens orienteringsplikten etter § 235 skal påse at regelens effektivitet ivaretas, se her punkt 2.2. Som det fremkommer av regelens forarbeider er de to reglene en konsekvens av hverandre for å sikre at vitnet får sikret sine prosessuelle rettigheter.

Sett i sammenheng med kravet om en rettferdig rettergang i artikkel 6 er det sentrale om bruken av ulovlig ervervet bevis krenker retten til en rettferdig rettergang. Som nevnt ovenfor

¹³² Se Rt-2010-456.

i dette punkt medfører ikke krenkelse av nasjonal rett automatisk krenkelse av EMK. Momenter som er relevante for helhetsvurderingen er bevisets verdi og betydning for avgjørelsen, og om forsvarets rettigheter er respektert. Hensynet til kriminalitetsbekjempelse må også vurderes mot tiltaltes interesse i at beviset erverves på lovlig måte.¹³³

Manglende orientering om § 122 påvirker ikke sakens opplysning og svekker ikke forsvarets rettigheter i særlig grad. Selv om siktedes innskrenkede rettigheter etter strpl. § 122, jf. § 235 krenker siktedes rett til å verne personlige relasjoner, krenker ikke dette retten til en rettferdig rettergang etter artikkel 6. Det er de personlige konsekvensene som er de største, og uten konkret praksis fra EMD er det vanskelig å legge til grunn en standard for slike tilfeller. Uttalelsene fra EMD i saken *Oyston v. United Kingdom* innebærer likevel at det kan tenkes tilfeller hvor påvirkning av siktede rett til privatliv i ytterste konsekvens kan krenke retten til en rettferdig rettergang etter artikkel 6.

Uten konkrete holdepunkter å vise til, viser en helhetlig vurdering av Norges forpliktelser etter EMK artikkel 8, sammenholdt med artikkel 6, at dagens rettsstilstand ikke medfører krenkelse av konvensjonen.

6.1 Avsluttende bemerkninger

6.1.1 Prosessikkerhet og rettssikkerhet – straffeprosessrettens fundament

Spørsmålet om siktede har rett til å bli orientert om eksistensen av § 122 aktualiserer grunnleggende hensyn innenfor straffeprosessen. Lovgiver har gjennom ordlyd og forarbeider funnet at et vitne skal ha rett til å nekte å forklare seg om sine nærstående. Politiets orienteringsplikt etter § 235 skal gi et vitne kunnskap om nektelsesretten etter § 122, og ivaretar dermed prosessikkerheten til vitnet. Tillit til at domstolene etterlever de reglene som lovgiver har gitt er også en sentral rettssikkerhetsgaranti. Rettsavgjørelser som avviker fra lovteksten er uheldig, og skaper uklarhet med hensyn til prosessuelle rettigheter som virker rimelig at tilkommer alle som er involvert i en straffesak.

Avgjørelsen i Rt-2010-456 viser at dersom politiets ikke etterlever sin orienteringsplikt etter § 235 vil det ikke medføre bevisforbud. Manglende konsekvenser av regelbrudd er et

¹³³ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvensjon – for praktikere*. København 2010, side 463-464.

rettssikkerhetsproblem, særlig når ervervet av beviset er regulert i loven; forklaringer som kan berøre nærstående beskrevet i § 122 skal opptas etter orientering, jf. § 235. Nedleggelse av bevisforbud når politiet ikke oppfyller sin orienteringsplikt ved beviservervet, som Høyesterett tidligere hadde som standpunkt,¹³⁴ ville ivaretatt disiplineringshensynet og sikret effektiviteten av § 122.

Høyesteretts vurdering av problemstillingen sammenfaller med den tradisjonen som preger norsk rettspraksis på området for bevisforbud. Som beskrevet under punkt 2.4 er terskelen for å konstatere bevisforbud i rettspraksis høy, og dette er begrunnet med hensynet til sakens opplysning. Det bør imidlertid vurderes hvor langt hensynet til sakens opplysning bør gå når det innenfor den moderne strafferetten også er et krav at en straffeprosess er tillitsvekkende og betryggende.

Å gi en person status som siktet i forbindelse med etterforskningen av en straffesak medfører at han får særskilte rettigheter i den fortløpende saksgangen. Rettsstillingen som siktet skaper betryggende rammer, og er jo nettopp ment som en utvidelse og ivaretagelse av rettigheter som ikke tilkommer andre. Dette gjør at Høyesteretts holdning til rettighetene i strpl. § 122, jf. § 235 går på tvers av sentrale hensyn innen straffeprosessen.

Det er ikke eksempler fra rettspraksis som viser at det har vært et hinder for saksopplysningen i straffesaker å gi siktede orientering om § 122. Dette kan likevel ikke tas til inntekt for at hensynet til nærstående ikke kan hindre at saken blir fullstendig opplyst. Hvilke hensyn som skal veie tyngst må imidlertid bero på en avveining, og Høyesterett har ikke synliggjort at en slik tilnærming ligger til grunn for standpunktet i Rt-2010-456.

Bevisforbud kan begrunnes med et ønske om å disiplinere politiet i arbeidet med bevisinnhenting under etterforskning. Blir virkningen av mangler i denne fasen bevisforbud, vil dette være en oppfordring til politiet om å unngå feil. Det kan også være forebyggende ved at fremtidige krenkelser blir unngått.¹³⁵ Således har § 235 vært en garanti for at vitner blir informert om fritakelsesrett etter § 122, og at orienteringsplikten er absolutt fremkommer klart av ordlyden ” skal gjøres oppmerksom på sin rett”, jf. § 122 første ledd.

¹³⁴ Se Rt-2008-657 og Rt-2010-67.

¹³⁵ Ibid”, side 605.

Disiplineringshensynet er imidlertid ikke tungtveiende innen norsk straffeprosess. I forarbeidene blir det fremhevet at det anses viktigere å tillate bevis som kan oppklare saken, enn å konstatere bevisforbud ved ulovlig beviserverv utført av politiet.¹³⁶ Som påpekt i punkt 3.4 mener Riksadvokaten at Høyesteretts uttalelser i Rt-2010-456 ikke påvirker politiets orienteringsplikt, men bare spørsmålet om bevisforbud. Det er dermed oppsiktsvekkende at Riksadvokaten i sitt siste rundskriv¹³⁷ i tilknytning til Rt-2010-456, finner det nødvendig å påpeke at dersom politiet ikke etterlever sin orienteringsplikt etter § 235, bør domstolenes holdning til bevisforbud endre seg.

Søken etter sannhet er selve grunnlaget i en straffesak, og står som et ideal ved utformingen av regler innen straffeprosessen. Grunnleggende rettigheter som vedgår siktedes privatliv må likevel beskyttes, og virkemiddelet bør være bevisforbud ved manglende orientering om § 122. Dette utfordrer sannhetsidealet i sin rene form, men dette vil alltid bestå selv om andre hensyn veier tyngre på veien mot en fullstendig saksopplysning.

Referanseliste

¹³⁶ Innst. 1969, side 197.

¹³⁷ Tor Aksel Busch, Runar Torgersen. *Rundskriv – Nye og presiserte direktiver*. Oslo 02.07.10

Litteratur

Bøker

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen 1993.

Andenæs, Johs, *Norsk Straffeprosess*, 4. Utgave Oslo 2010.

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, Oslo 1997.

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvensjon – for praktikere*. København 2010.

Matningsdal, Magnus. *Siktedes rett til å eksaminere vitner*. Bergen 2007.

Skeie, Jon, *Den Norske Straffeprosess*, Oslo 1939.

Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Oslo 2009.

Artikler

Aall, Jørgen, *Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis, Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv* 2002.

Riksadvokaten, *Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserende direktiver*. Oslo 2010. Forfatter; Busch, Tor-Aksel, Kallerud, Knut H.

Riksadvokaten, *Politiforklaringer fra siktedes nærstående mv. – krav til informasjon om fritaksregler – bevisforbud*. Oslo 2010. Forfatter; Busch, Tor-Aksel, Kallerud, Knut H.

Sulland, Frode, *Ytring. Høyesterett på villspor*. Tidsskrift for Strafferett, 2010-2.

Sulland, Frode, *Førstehjelp til Høyesterett*. Tidsskrift for Strafferett, 2010-3.

Øyen, Ørnulf, *Bevisforbud der politiet eller retten ikke har overholdt plikten til å orientere om straffeprosessloven § 122 – en kommentar til nyere praksis fra Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg*. Oslo 2010.

Øyen, Ørnulf, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* Lov og Rett 2010.

Lover

LOV 1887-07-01 nr 05: Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevet).

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven), (LOV-1981-05-22-25. JD).

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (Roma 4. November 1950).

Forarbeider

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp.nr.35 (1978-79). *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)*.

NUT-1969-3. *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen*.

Strpl.kom.innst. 1969. *Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen*.

EMD - praksis

Kaste og Mathisen v. Norge (sak.nr. 18885/04 og 21166/04).

Oyston v. UK, (sak.nr. 42011/98).

Petrov v. Bulgaria, (sak. nr. 20024/04).

Rowe og Davis v. UK, (sak. nr. 28901/95).

Schenk v. Sveits, (sak. nr. 10862/84).

Smirnova v. Russland, (sak. nr. 46133/99 og 48183/99).

Domsregister

Rt-1987-1318.

Rt-1988-314.

Rt-1996-114.

Rt-1999-1269.

Rt-2003-549.

Rt-2004-1789.

Rt-2008-657.

Rt-2010-67.

Rt-2010-456.